

UM ROMANISTA ENTRE A ESCRAVIDÃO E A LIBERDADE*

Eduardo Spiller Pena **

[...] descobri uma lei sublime, a lei da equivalência das janelas, e estabeleci que o modo de compensar uma janela fechada é abrir outra, a fim de que a moral possa arejar continuamente a consciência.”

Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas* (1881).

“Sejamos *escravos* das leis (fala Cícero) para que possamos ser *livres*.”

Teixeira de Freitas, *O Direito* (1876).

Do código negro de rodapé

Augusto Teixeira de Freitas — “o maior dos juristas brasileiros” (na acepção de Nabuco de Araújo), e considerado como tal até os dias de hoje por grande parte dos juristas do país — teve que se posicionar, em alguns momentos de sua trajetória profissional, em relação a uma questão delicada e para ele um tanto desagradável: a existência da escravidão. Contratado pelo governo imperial, em 1855, para a elaboração de um projeto preliminar para a produção de um futuro código civil, Freitas, após três anos de trabalho intenso, procurou contornar a questão de uma forma toda peculiar:

Cumprir advertir, que não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos, condenado a extinguir-se em época mais ou menos

* Este artigo faz parte de um trabalho maior que estamos elaborando a respeito da relação dos juristas com a escravidão no Brasil imperial para o curso de doutorado em história da Unicamp (com o auxílio dado pelo CNPq). Agradeço as críticas e sugestões feitas pelos professores Robert Slenes, Silvia Lara, Célia de Azevedo e pelos demais participantes da linha de pesquisa da qual participo. Sou grato também aos historiadores Luiz Antônio Simas e Laura Reis Fagundes, que juntamente com os funcionários do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) apresentaram-me, com atenção e paciência, o valioso acervo da biblioteca do Instituto.

** Doutorando, Departamento de História da UNICAMP.

remota; façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas à parte e formarão nosso *Código Negro*.¹

A tentativa do jurisconsulto de eliminar ou “não consolidar” a escravidão no prenúncio do que seria a maior lei civil do império é mais um exemplo, talvez, do receio de alguns juristas e políticos, presente desde a promulgação da Constituição de 1824, de se formalizar juridicamente ao mundo a face “vergonhosa” de um país que legitimava a escravidão. Esta recorrente omissão foi posteriormente lembrada e criticada por Joaquim Nabuco como sendo uma “ficção engenhosa”; uma construção jurídica elaborada para não ferir suscetibilidades, pois normatizar a condição dos escravos seria reconhecer, pela lei, o país como escravista. O advogado defensor da abolição lembra outra situação, no âmbito da diplomacia, em que os brios nacionais recusaram-se a explicitar oficialmente a existência da escravidão. Em 1857, negociava-se um tratado de extradição com a França que se recusava terminantemente a incluir nele o caso dos escravos que, fugindo para seu território, tinham se tornado livres. Depois de anos de negociação, o governo brasileiro anuiu com a condição, porém com a ressalva do então ministro dos negócios estrangeiros, o Visconde de Rio Branco: “Não fiz menção no projeto dos casos relativos a escravos, porque não havia necessidade, uma vez que entram na regra geral. *Demais tenho grande repugnância em escrever essa palavra em documento internacional*”.²

Nabuco explica, paradoxalmente, a razão dos dirigentes imperiais de escamotear a condição escravista do país: era a escravidão que conduzia os governantes à omissão da própria escravidão; afinal não era ela que “obrigava a falsificar a nossa Constituição, as nossas leis, tratados [...], para escondermos a vergonha que nos queima o rosto e que o mundo inteiro está vendo?”.³ Realmente, o mundo estava de olho no Brasil, um

¹ Augusto Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, 4a. edição (1a. edição, 1857), Rio de Janeiro, Livraria Garnier, s. d., p. xxxvii.

² Joaquim Nabuco, *O abolicionismo*, Petrópolis, Vozes, 1988, p. 97-98. O grifo é do próprio Nabuco.

³ Nabuco, *O abolicionismo*, p. 98.

dos únicos países que ainda fazia uso de escravos, nesses últimos anos do século XIX, contudo a explicação de Nabuco, embora proceda em parte, deve ser aprofundada.

Se a principal carta de lei do país omitia a questão, o mesmo não ocorria com os diversos códigos de leis das províncias e as inúmeras posturas municipais que normalmente regulavam o comportamento de senhores e escravos em suas localidades. Afora os projetos de lei, milhares de processos da jurisprudência — como também os avisos, decisões e resoluções dos diversos ministérios e do Conselho de Estado, que os comentaram assiduamente — estão aí para ratificar aos historiadores que o poder público imperial foi forçado a tomar partido em relação aos costumes e comportamentos dos escravos e do poder privado escravista no decorrer do século XIX. Além disso, os governantes brasileiros não foram os únicos a apresentar laivos de pudor em relação à regulamentação constitucional da escravidão. Ao se constituírem como nação, os Estados Unidos, na sua declaração de independência, também não mencionaram o assunto, embora não tenham economizado nela expressões que assegurassem o direito de todos os homens à liberdade e igualdade. A lembrança desses direitos pela Federação Americana não impediu, por sua vez, como no Brasil, a emergência de dispositivos de lei escravistas (e também de vasta jurisprudência) em diversos de seus Estados.⁴

Talvez, devido ao momento político que acirrava o combate à escravidão, o autor de *O Abolicionismo* não tenha tido tempo de se preocupar com as possíveis similitudes e contradições dessa “ficção engenhosa”, elaborada pelos dirigentes de diferentes nações escravistas. Em todo caso, no Brasil, as autoridades da burocracia imperial, longe de qualquer “ficção” constitucional, tiveram que se posicionar, com

⁴ Numa escala diferente, o mesmo acontecia com as metrópoles européias, que não reconheciam a escravidão em seu território, mas que elaboraram complexos e eficientes códigos escravistas para suas colônias. Antes de Nabuco, que redigira *O Abolicionismo* em Londres no início da década de 1880, abolicionistas ingleses, por volta de 1830, discursavam criticando os norte-americanos que mantinham a escravidão apesar de seus princípios e declarações oficiais pela liberdade e igualdade. Sobre o assunto ver Celia Maria Marinho de Azevedo, *On Hell and Paradise: abolitionism in the United States and Brazil, a comparative perspective*, Columbia University, tese de doutorado, 1993, p. 33-34. Sou grato a autora que me chamou a atenção para a semelhança entre o Brasil e os EUA no aspecto da relutância de seus dirigentes, no momento da independência desses países, de reconhecerem legal e oficialmente a existência da escravidão. Para uma interpretação sobre esta mesma omissão, no caso brasileiro, ver Manuela Carneiro da Cunha, “Sobre os silêncios da lei: lei costumeira e positiva nas alforrias de escravos no Brasil do século XIX”, in *Antropologia do Brasil. Mito, história, etnicidade*, São Paulo, Brasiliense & EDUSP, 1986.

“vergonha” ou desavergonhadamente, em relação ao problema da escravidão. Nosso citado jurista, Teixeira de Freitas, foi, a contragosto, aconselhado a “macular” a sua vasta obra de consolidação das leis civis com o seu “correlativo odioso”. Em 1858, uma comissão do ministério da justiça, encarregada de examinar o conteúdo da obra, aprovou-a com elogios, mas anotou entre as linhas de seu parecer uma pequena crítica: “É sensível a omissão, que houve na *Consolidação* a respeito das disposições concernentes à escravidão; porquanto, posto deva ela constituir, por motivos políticos e de ordem pública, uma lei especial, contudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação a este respeito”.⁵

Assim, os pruridos de Teixeira de Freitas, como também a “repugnância” do então ministro Rio Branco, em relação à temática da escravidão, enfrentaram o rolo compressor dos “motivos políticos e de ordem pública” que sempre mantiveram à tona a questão do “elemento servil”. Os dois foram como que *forçados* a se entreter com um problema complexo e delicado e tiveram, por fim, que engolir, torcendo ou não o nariz, a sua própria aversão. Rio Branco, mais tarde, não como diplomata, mas como presidente da câmara, foi incumbido de dirigir a discussão para a implantação de uma “lei especial” sobre a questão (a lei de 1871). Já Teixeira de Freitas..., bem, mesmo obrigado, nosso “maior dos juristas” ainda resistia. Na segunda edição de sua obra (1865), reconhece a lacuna apontada pela comissão, mas mantém, por outro lado, a decisão de não incluir a compilação dos dispositivos escravistas, herdados das ordenações portuguesas e do direito romano, no escopo de seu texto principal, inserindo-a somente como adendo, por meio de “notas explicativas”. A decisão correspondia ao seu desejo inicial de classificar à parte todas as leis que se relacionassem com a escravidão. Em outras palavras, a “mácula” do nosso *código negro* estaria escondida sob o véu de pequenas e inúmeras notas de rodapé, difíceis de serem lidas, e o “estado de liberdade” do nosso sistema jurídico-civil ficaria garantido e protegido.

É possível que a “vergonha” em relação ao tema da escravidão ainda alimentasse a resistência de Teixeira de Freitas de contemplá-lo, sistematicamente, no esboço do que seria o seu mais importante ensaio na área do direito. Mas há outras razões que também podem explicar a sua recusa. Uma delas reside na própria maneira pela qual o jurista concebia o ato da produção jurídica. Suas concepções teóricas e seu estilo revelam uma preocupação básica pelo formalismo jurídico e pela busca da criação

⁵ Freitas, *Consolidação*, p. xix. Assinam o parecer Nabuco de Araújo, Visconde de Uruguai e Caetano Alberto Soares.

de leis ideais que alijavam para plano secundário qualquer possível característica ou variante presente na esfera do social. A escravidão era uma delas, lembra a citação: um “mal”, uma “exceção” fadada a extinguir-se em breve. Um assunto pertencente ao passado e que não se apresentaria no futuro. Por que, então, preocupar-se em regulá-la? Por que refleti-la juridicamente no esboço de uma obra que, acreditava, deveria definir para sempre e com a mais absoluta perfeição as normas pelas quais a sociedade brasileira se ordenaria? Como vimos, a solução encontrada foi criar-se, igualmente, uma “exceção” ao texto principal da obra, que poderia ser facilmente descartada uma vez finda a escravidão. Chegou-se, enfim, à elaboração do que seria o nosso *código negro de rodapé*.

Nabuco, de certo, não digeriu muito bem essa solução. Mas, colocando sua crítica de lado, apesar da divergência, percebemos que algo de comum havia entre ele e Teixeira de Freitas. Seus pensamentos e atitudes se concatenaram a partir de um mesmo referencial: *o campo da lei*. Isso, talvez, se explique por ambos serem advogados, embora tenham direcionado suas carreiras para caminhos diversos. Nabuco teve uma predileção especial pela política, foi deputado e posteriormente destacado diplomata, enquanto que Teixeira de Freitas, avesso às paixões políticas, dedicou sua vida integralmente ao estudo e reflexão das leis. Mesmo sendo um ferrenho crítico da escravidão, Nabuco colocou de antemão um anteparo a qualquer outra possibilidade de se encaminhar politicamente a abolição que não fosse o caminho pacífico e ordenado da lei. Os limites de sua crítica política eram dados, pois, pelo universo de sua cultura jurídica. Assim como o jurisconsulto, Nabuco reproduz uma visão idealizada da lei, mesmo que não tão carregada de formalismos. Concebe a lei como único instrumento político possível de transformação social.⁶

A similitude, no entanto, para por aí. Os processos de idealização da lei corriam por caminhos diversos. Por princípio, Teixeira de Freitas não encarava a norma legal como instrumento, muito menos como um meio de transformação política, mas, sobretudo, como palavra fundadora do social. Daí o seu apego e respeito às tradições legais, em especial, ao direito romano no qual foi reconhecido como exímio jurisperito. Não era de bom tom modificar ou aperfeiçoar o direito herdado e antigo. Eram

⁶ Sobre a visão idealizada da abolição, via parlamento, produzida por Joaquim Nabuco, ver os comentários de Celia Maria Marinho de Azevedo, *Onda negra, medo branco. O negro no imaginário das elites — século XIX*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p. 176; Sidney Chalhoub, “Visões da liberdade: senhores, escravos e abolicionistas da Corte nas últimas décadas da escravidão”, *História: Questões & Debates*, 9(16) (junho, 1988), p. 14; e de Izabel Andrade Marson. “Liberalismo e escravidão no Brasil”, *Revista USP*, 17 (março-maio, 1993), pp.102-13.

normas de tradição e, portanto, tinham sua razão de ser, possuíam uma existência própria, ontológica, que deveria ser considerada. Era preciso estudá-las a fundo e antes de tudo *consolidá-las*, como de fato o fez, do que propor alterações de conteúdo, tendo como base circunstâncias históricas efêmeras.

A Casa de Montezuma e a escravidão

Por detrás de sua possível “vergonha” e de sua concepção jurídica — detalhista na forma e rigorosa na abstração — Teixeira de Freitas parece ter jogado para escanteio a “circunstância histórica” da escravidão. Contudo, temos também o direito de desconfiarmos de tamanha lucidez por parte de nosso jurisconsulto. E dando razão ao paradoxo vislumbrado por Nabuco, indagarmos se não foi a própria “circunstância histórica” da escravidão que o conduziu ou o *forçou* a evitar o tema (ou, posteriormente, minimizá-lo) na *Consolidação*. Há uma evidência de que esta decisão de Teixeira de Freitas tenha sido diretamente influenciada por um sério desentendimento ocorrido entre ele e outros advogados que, como Nabuco, desejavam refletir a escravidão política e juridicamente. Trata-se de uma discussão havida no interior de uma associação de advogados do império (uma espécie de OAB do século XIX) a respeito de uma questão jurídica, recorrente nos tribunais, e ocasionada, é bom enfatizar, por ação judicial movida pelos próprios escravos. O clímax — e os conseqüentes traumas da discussão, que abriram feridas entre os interlocutores difíceis de serem cicatrizadas com o tempo — se deu em outubro de 1857, pouco antes do jurisconsulto finalizar sua obra e entregar os originais para a comissão de avaliação do Ministério da Justiça.

Sem imaginar a polêmica em que logo se veriam metidos, alguns ilustres advogados e jurisconsultos, na tarde do dia 8 de outubro de 1857, deram início ao que seria uma das mais longas sessões do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Fundado na Corte, desde 1843, com o beneplácito do imperador e com apoio amplo do parlamento e da imprensa do período, o IAB — também denominado de “Casa de Montezuma” (menção ao jurisconsulto que primeiro a presidiu) — reuniu a fina-flor da produção jurídica imperial. Participaram dessa longa e fatídica sessão de 1857 juristas como Perdígão Malheiro, Duarte de Azevedo, Salles Rosa e os dois principais protagonistas de uma discussão, cujo desfecho, após muitas reuniões, foi incomum e até mesmo traumático para seus participantes: ambos jurisconsultos reconhecidos, o primeiro, o luso e ex-clérigo Caetano Alberto Soares; o segundo, o próprio presidente da casa — Teixeira de Freitas.

Munido de sua vestimenta de seda talar e de sua gravata *plastron*, a que tinha direito como advogado da casa imperial, Caetano Soares sentou-se à grande mesa do Instituto e, fitando seus colegas, proferiu, pausadamente, a seguinte questão jurídica para discussão:

Sendo muito usual entre nós deixar qualquer em seu solene testamento escravos forros com obrigação de servirem a alguma pessoa, enquanto esta for viva, ou por certo prazo de tempo, e não menos freqüente deixar os escravos para servirem temporariamente a alguém, e se lhes dar a carta de liberdade, findo este prazo, pergunta-se:

1. Na 1ª hipótese, se for escrava, e tiver filhos durante o tempo em que era obrigada a prestar serviços, os filhos serão livres, ou escravos? Se livres, serão também obrigados a prestar serviços?

Se escravos, a quem pertencerão?

2. Na 2ª hipótese e verificadas as mesmas circunstâncias, terá lugar a mesma decisão ou diversa?⁷

Antes de enveredarmos pela polêmica, cabe indagar por que razão os advogados dispuseram-se a discutir casos de jurisprudência relacionados à escravidão. A forma e o conteúdo da questão colocada não devem ter causado maiores surpresas entre os sócios presentes à sessão. Desde sua fundação, e de acordo com o seu regimento interno, o IAB funcionava a partir de quatro comissões: a de estatutos e regimento; a de fundos; a de disciplina; e a de jurisprudência. Esta última era responsável por trazer para o interior do Instituto as questões polêmicas que se colocavam na esfera dos tribunais.

Os discursos de posse de seus primeiros presidentes e algumas memórias de seus sócios revelam que o IAB nasceu com a missão esclarecida de por ordem nos sucessivos desentendimentos das alçadas

⁷*Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (RIOAB)*, Rio de Janeiro, Typographia de Quirino & Irmão, 1(1) (Janeiro, fevereiro, março, 1862), p. 27-8. Os juristas memorialistas do IAB ressaltam que os advogados sócios se reuniam periodicamente, em torno de uma mesa, para discutir variados assuntos jurídicos, vestindo “casaca, camisa de peito duro e gravata *plastron*”. Ver Raul Floriano et alii, *Ex-Presidentes do Instituto dos advogados brasileiros, desde Montezuma*. Rio de Janeiro, s. ed., 1988. Um dos significados de *plastron* é “gravata larga, cujas pontas se cruzam obliquamente”, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, s.d.

em relação à interpretação das leis. A jurisprudência brasileira do período era um terreno eivado de incoerências e conflitos. Apaziguá-lo era uma tarefa que por si só justificava a criação do Instituto, realçando, conforme afirmação freqüente de seus integrantes, a sua dimensão de “utilidade pública”. Carvalho Moreira (Barão de Penedo), que foi um dos presidentes da casa, numa memória lida em 1845, conclamava seus colegas denominando-os de a “milícia dos tribunais” — necessária para o combate à “desordem” em que se encontrava o foro “pelos defeitos, lacunas, obscuridade, confusão, e imensidade de nossas leis civis, e sobretudo das do processo”.⁸ As reclamações apontavam justamente para a ausência de um código das leis e do processo civil que padronizasse os usos e interpretações do direito no país; tarefa encomendada anos mais tarde, justamente, para Teixeira de Freitas e sobre a qual os juriconsultos do império depositavam grandes esperanças.

Carvalho Moreira atentava para o fato dos juízes e advogados terem à sua frente um quadro de leis muito extenso e totalmente desorganizado, que ia desde o direito romano, passando pelas ordenações e leis extravagantes portuguesas, até às leis mais recentes das nações européias. Não era de admirar que tendo como referência tamanho emaranhado de normas legais, e devido também à falta de um código unificado, os agentes do foro, às vezes fazendo uso dos mesmos dispositivos, chegassem a interpretações e sentenças diametralmente opostas. Isto era de uma incoerência inadmissível para o universo jurídico de qualquer juriconsulto oitocentista, que se caracterizava pelo fundamento da uniformidade das leis, indispensável para o controle e ordenamento social. Era esta, sem dúvida, a maior aflição do barão-jurista ao concluir seu raciocínio: “E que de terríveis conseqüências para a estabilidade da justiça, e segurança dos direitos civis, para a paz e felicidade das famílias, efetividade dos contratos, e manutenção da propriedade, não devem constantemente resultar de uma tal confusão de leis, de tão monstruoso caos?”⁹

⁸ Francisco Ignacio de Carvalho Moreira, “Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil. Memória lida em sessão do Instituto a 7 de setembro de 1845”, *RIOAB*, 1(3) (julho, agosto, setembro, 1862), p. 148. Esta preocupação já havia sido levantada pelo primeiro presidente, Montezuma, em discurso no dia da inauguração da casa, em 07.09.1843 e, mais tarde, por Caetano Soares em 16.07.57. Ver, respectivamente, *RIOAB*, 1(2) (abril, maio, junho, 1862), p. 109-113; e *RIOAB*, 3(1-3) (janeiro-outubro, 1865), p. 39-41.

⁹ Moreira, “Da revisão geral”, p. 152-153. Keila Grinberg, *Liberata, a lei da ambigüidade*, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994, p. 95-97, analisando a produção jurídica imperial relativa à escravidão, também ressaltou a preocupação de juriconsultos da época pela ausência de um código civil no país.

Logo, enquanto não ocorresse o processo de codificação, as discussões sobre jurisprudência marcariam presença no Instituto, acompanhando seus advogados, sempre de perto, o que se sucedia nos tribunais. Caetano Soares agia, pois, de acordo com o figurino, apresentando uma questão recorrente e sobre a qual juízes e advogados respondiam com soluções diferenciadas. Ele mesmo já havia exercido o cargo de juiz de órfãos na Corte e foi constantemente requisitado, como consultor, pelos periódicos jurídicos, a fim de responder às perguntas dos leitores sobre dúvidas oriundas do foro. A decifração de verdadeiros enigmas de processualística e de doutrina que os litígios ofereciam foi um exercício corriqueiro na sua vida profissional.

Mas por que o interesse por um assunto relacionado à escravidão? A resposta a esta indagação é múltipla. De um lado, é certo que havia uma predisposição do juriconsulto para o tema. Caetano Soares foi um dos primeiros discípulos da escola de Coimbra, já influenciada por ares iluministas, a se posicionar contra a legitimidade da escravidão. Foi o primeiro a levar para o interior do IAB, em 1845, uma memória relacionada ao assunto e intitulada “Melhoramento da Sorte dos Escravos no Brasil”, onde citando literalmente passagens de Voltaire e Montesquieu classificou o cativo como um “mal” injustificável, cuja abolição deveria ser implementada gradualmente, mas com o devido respeito ao direito, que também considerava legítimo, da propriedade.¹⁰ Como advogado e consultor dos periódicos jurídicos, manteve contato permanente com processos legais que incluíam questões de liberdade movidas por escravos.

¹⁰ Caetano Alberto Soares, “Melhoramento da sorte dos escravos no Brasil. Memória lida em sessão geral do Instituto dos Advogados Brasileiros no dia 7 de setembro de 1845 pelo sócio efetivo”. *RIOAB*, 1(4) (outubro, novembro, dezembro, 1862). As idéias iluministas deram margem, por outro lado, às próprias teses escravistas. Ver a análise deste paradoxo na obra clássica de David Brion Davis, *The problem of slavery in western culture*, Middlesex, Penguin Books, 1970, especialmente o capítulo 13, onde o autor demonstra que as idéias de Montesquieu, Locke e Rousseau, entre outros, foram apropriadas tanto pelo pensamento anti-escravista, como pelos teóricos pró-escravismo. Para o caso brasileiro, temos o exemplo de outro sacerdote-jurista, Azeredo Coutinho, também influenciado por uma Coimbra já reformada e ilustrada, mas que de maneira oposta a Caetano Soares, alardeou a “justiça do direito da escravidão”. Sobre sua pregação “iluminada” e sua defesa do cativo, ver o volume organizado por Sérgio Buarque de Holanda, *Obras econômicas de J. J. da Cunha de Azeredo Coutinho*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1966, e, também, Sônia Aparecida Siqueira, “A escravidão negra no pensamento do bispo Azeredo Coutinho”, *Revista de História*, 27(56), (outubro-dezembro, 1963), pp. 349-365 e 28(57), (janeiro-março, 1964), pp. 141-198. E mais recentemente, José Murilo de Carvalho, “Escravidão e razão nacional”, *Dados*, 31(3), (1988), pp. 287-308.

No foro, seu trabalho de assistência jurídica a escravos e libertos era notório, levando a Joaquim Manoel de Macedo, parlamentar e escritor emancipacionista (o autor de *As Vítimas Algozes*), a nomeá-lo, em discurso feito após a morte do jurisconsulto, como o “advogado da liberdade”.¹¹

De outro lado, a predisposição de Caetano Soares para apresentar uma proposta jurídica à comissão de jurisprudência do Instituto, que tocava no tema delicado da escravidão, decorreu, igualmente, desse gesto freqüente de inúmeros escravos (ou de libertos mantidos injustamente em cativeiro) de acionarem os tribunais de justiça do império na busca ou defesa de sua liberdade. A atenção do jurisconsulto para com os assuntos relacionados à escravidão, antes de ser fruto apenas de seus ideais iluministas, foi o resultado também desta experiência de luta judicial criada pelos escravos, que acabaram, inclusive, utilizando-o como advogado em suas causas.¹²

A questão jurídica apresentada por Caetano Soares não era inédita. Muitas libertas, sob a condição de prestarem serviços por um determinado tempo, consideravam-se — elas e seus filhos concebidos nesse período — como pessoas totalmente livres. Acionaram a justiça para defender o que consideravam como seu direito. Entretanto, a justiça imperial, em suas diferentes instâncias, mostrou-se sempre dúbia e indecisa frente à questão, não conseguindo firmar uma jurisprudência definitiva sobre ela. Mesmo o Supremo Tribunal de Justiça, última instância da burocracia jurídica do império, sendo acionado em diferentes momentos para se posicionar sobre o assunto, publicou arestos cujas soluções se opuseram frontalmente.

Dez anos antes do jurisconsulto apresentar a questão no IAB, em 1847, o Supremo se colocara contra a liberdade requerida pela filha de uma

¹¹ A menção de Macedo foi reproduzida por Alfredo Balthazar da Silveira, *Instituto da ordem dos advogados brasileiros*. Memória histórica da sua fundação e da sua vida, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio/Rodrigues & C., 1944, pp. 169-170: “Em sua longa vida de advogado ele foi sempre dedicado e gratuito paladino dos libertos, a quem era disputada a alforria. Esta lembrança basta para perpetuar o nome do advogado da liberdade”. Nabuco, *Um estadista do Império*, t. 2, p. 2, n. 2, acrescenta que Caetano Soares era integrante, em 1852, da “Sociedade contra o Tráfico de Escravos[...]”.

¹² Sobre essa luta judicial movida por escravos e libertos por meio das denominadas ações de liberdade, ver, entre outros, trabalhos, Sidney Chalhoub, “Visões da liberdade”, 1988 e *Visões da liberdade. Uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990; Grinberg, *Liberata, a lei da ambigüidade*, 1994. Silvia Lara, *Campos da violência*, São Paulo, Paz e Terra, 1986; Eduar do Spiller Pena, “Liberdades em arbítrio. A mediação de um dispositivo da lei de 1871 nas relações senhor-escravo”, *Padê*, 1 (julho, 1989), pp. 44-58 e *O jogo da face. A astúcia escriva frente aos senhores e à lei na Curitiba provincial*, Curitiba, UFPR, dissertação de mestrado, 1990.

liberta sob condição. A parda Joaquina, auxiliada por um curador, havia ingressado e perdido a ação, em primeira instância, alegando ser livre por ter nascido quando sua mãe já era livre, pois esta havia sido alforriada, pelo testamento de sua proprietária, com a condição de que trabalhasse para ela até “três horas antes” de seu falecimento. Joaquina apelou para a segunda instância e o Tribunal de Relação da Corte reformou a sentença, referendando sua liberdade. Contudo, um dos herdeiros do espólio da proprietária ingressou com o pedido de revista no Supremo que o aceitou, decidindo haver “injustiça notória” no acórdão do Tribunal de Relação que reformara a sentença de primeira instância. Os ministros do Supremo consideraram, em seu aresto, que a liberdade da mãe de Justina só teria efeito quando dessem início as “três horas antes” do falecimento de sua senhora — conforme “a vontade expressamente manifestada pela agra-ciadora” em seu testamento. Até esse tempo, portanto, ela permaneceu em “todo o rigor do cativoiro, e não podendo por isso a recorrida [Joaquina] deixar de seguir a condição da mãe por ter nascido antes de ter esta obtido a liberdade”.¹³

Dez anos depois, em abril de 1857, meses antes da questão ser proposta no IAB, ocorreria justamente o inverso. O Supremo invalidara, também por “notória injustiça”, um acórdão da Relação da Corte que anulava a sentença de um juiz de primeira instância, favorável à liberdade da filha de uma liberta sob condição. A menor Jacintha era filha da preta Marianna que no testamento de sua senhora, D. Angélica, fora libertada com a condição de apresentar o seu valor em dinheiro à herdeira para qual foi legada. Esta considerava Jacintha como escrava, porque havia nascido antes de sua mãe cumprir a condição. Marianna a considerava totalmente livre, acionando a justiça da localidade onde residia para ratificar o direito de liberdade de sua filha. Opondo-se à decisão pró-escravidão da Relação, o Supremo publicou seu aresto pró-liberdade com as seguintes razões:

Porquanto, pelo teor da verba a fls. 10 [do testamento], se vê que a intenção da testadora era menos legar à recorrida [à herdeira], a escrava, do que seu valor, e tanto que, se no momento da morte de D. Angelica, Marianna ofertasse o seu valor, nenhuma reclamação podia a recorrida fazer contra a liberdade de Marianna; este estado e condição da mãe deve necessariamente aproveitar à sua filha Jacintha,

¹³ Candido Mendes de Almeida & Fernando Mendes de Almeida, *Arestos do Supremo Tribunal de Justiça colligidos em ordem cronologica até hoje[...]*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1885, p. 310 — viii — Sentença de revista civil, entre partes, recorrente José Caetano Ferreira, e recorrida Joaquina, parda, por seu curador.

já pelos princípios de justiça universal, já pelos de Direito Civil, inteiramente favoráveis à liberdade, em prol da qual nos termos da Ord. liv. 4, tit. 11, # 6, Alvarás de 30 de Julho de 1609, 17 de Janeiro de 1759, e outras disposições legislativas, muitas cousas são outorgadas contra as regras gerais de Direito.¹⁴

Verifica-se que as posições dos juízes do Supremo em relação à questão variaram segundo a interpretação que faziam da vontade dos proprietários escravistas, em seus testamentos, e dos termos condicionais da alforria dada a suas escravas. Não foi citada, por não existir de fato, nenhuma lei específica que regulasse esta forma peculiar de alforria nas relações entre proprietários e escravos no Brasil do século XIX. Mesmo no segundo aresto, os dispositivos portugueses citados dizem respeito ao direito à liberdade em geral, associados aos princípios do direito natural e das gentes, como também a princípios morais, e não jurídico-positivos, “de justiça universal”. Estes princípios jurídico-morais, onde a bem da liberdade “muitas cousas são outorgadas contra as regras gerais de Direito”, foram utilizados freqüentemente por juristas emancipacionistas como Caetano Soares e, mais adiante, serão explicitados por ele e outros juristas na polémica interna do IAB. Revelam-se, desde já, para nossa compreensão, como um eficiente argumento de retórica jurídica, acionado pelos juristas mais propensos à liberdade, nas questões legais mais complexas em que se contrapuseram os direitos, igualmente legítimos no período, da propriedade em escravos e da garantia do estado livre destes quando fossem alforriados.¹⁵

¹⁴ Almeida & Almeida, *Arestos do Supremo Tribunal de Justiça*, p. 428 — iii — Sentença de revista civil, entre partes, recorrente Theodoro de Souza Soares, como curador da menor Jacintha, e recorrida D. Marcellina Thereza de Jesus.

¹⁵ A expressão “a bem [ou a favor] da liberdade, muitas coisas são outorgadas contra as regras gerais de Direito” encontra-se nas Ordenações e leis do Reino de Portugal publicadas em 1603[...]. Livro quarto, título XI, parágrafo 4. In, *Collecção da legislação antiga e moderna do Reino de Portugal*. Parte 2 da legislação moderna, t. 3. Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1786. Volume encontrado na Biblioteca do IAB. Na verdade, ela é um preceito jurídico-moral genérico adaptado do direito romano e correntemente citado pelos juristas emancipacionistas. A cláusula da lei romana é: *multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta* [a bem da liberdade muitas coisas se determinam contra o rigor do direito]. Lei 24, parágrafo 10, *Dig. de fidei et libertatis*. Inst, parágrafo 4, *de donat*. Citado por Carlos Honorio Benedicto Ottoni, *Apontamentos de magistratura contendo estudos e decisões em primeira e segunda instância, votos meus na Relação, revistas, avisos, consultas, pareceres de juristas, e em apêndice todas as leis novas recentemente publicadas*, Rio de Janeiro, Laemmert & C., 1889. Verbete “Liberdade”. p. 216. A tradução do latim é do autor.

Caetano Soares introduziu, portanto, no IAB, uma questão jurídica já amplamente debatida nos diferentes tribunais do império e deflagrada pela atitude ousada e não conformada das libertas sob condição e de seus filhos. O Supremo vacilava em suas decisões pela ausência de um código civil claro e conciso que se definisse frente às inúmeras disposições legais, oriundas do direito romano e das ordenações portuguesas, que regulavam as relações escravistas. Tal ausência obedecia, sem dúvida, a critérios políticos ligados aos interesses dos proprietários de escravos receosos de serem invadidos em seus negócios privados. Entretanto, paradoxalmente, esta lacuna deu margem ao contínuo ingresso de ações de liberdade nos tribunais. Muitos escravos ou libertos, como Joaquina, Marianna e Jacintha, dificilmente desistiriam de lutar pelo seu direito à liberdade numa arena judicial que se apresentava confusa e desorientada em relação às leis que regiam as questões escravistas.¹⁶

Além de Caetano Soares, as questões de jurisprudência escravista também foram apresentadas por outros sócios do IAB. O tema político e jurídico da escravidão apresentou-se, na verdade, de forma recorrente nas décadas de 40, 50 e 60 do século passado, tanto nas discussões da comissão de jurisprudência como nas memórias e discursos proferidos pelos sócios. Embora o regimento interno não admitisse a colocação e discussão de propostas que incluíssem questões relativas à “política do estado”, o tema sempre ecoou pelo Instituto.¹⁷

¹⁶ Este tipo específico de ação de liberdade movida por libertas sob condição (ou por seus filhos) e as indecisões da justiça em relação a ela parecem ter continuado até o advento da abolição e em várias localidades do império. Um exame minucioso desses processos foi feito para a Corte, por Chalhoub, *Visões da liberdade*, pp. 122-131. Examinamos outros para Curitiba em Pena, *O jogo da face*, pp. 286-294. Além dos periódicos e da obra dos Almeida, existem outras compilações jurídicas que relataram processos e sentenças de várias instâncias sobre esse mesmo tipo de ação de liberdade. Ver Manoel da Silva Mafra, *Jurisprudencia dos tribunales*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1868, v. 1, pp. 184-185 e *Promptuario das leis de manumissão [...]*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1877, p. 335; Miguel Thomaz Pessoa, *Manual do elemento servil [...]*, Rio de Janeiro, Eduardo e Henrique Laemmert, 1875, pp. 303-305; João José Rodrigues, *Consultas juridicas ou colleção de propostas sobre questões de direito civil, commercial, criminal, administrativo e eclesiástico respondidas pelos primeiros jurisconsultos brasileiros*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1873, v. 2, pp. 41-43 e 317-321; e José Prospero Jeohvah da Silva Carootá, *Apanhamento de decisões sobre questões de liberdade publicadas em diversos periódicos forenses da Corte*, Bahia, Typ. de Camillo de Lellis Masson & C., 1867.

¹⁷ Artigo 48 do regimento interno do Instituto dos Advogados Brasileiros: “Não serão admitidas propostas algumas sobre religião ou sobre a política do estado, e nem nas discussões será permitido produzir ou agitar questões sobre esses dois objetos. Esta disposição porém não exclui [sic] as memórias, ou outras obras científicas oferecidas ao Insituto”. *RIOAB*, I(1) (Janeiro, fevereiro, março, 1862), p. 22.

O próprio Joaquim Nabuco teceu comentários elogiosos sobre a posição do IAB em relação à escravidão. Seu pai, Nabuco de Araújo, havia sido um dos presidentes da casa, no período de 1866 a 1873, justamente quando se pôs em evidência a questão do “elemento servil” e elaborou-se a lei do ventre-livre. Em *Um Estadista do Império*, no capítulo onde narra a atuação de seu pai na promulgação desta lei, o autor enfatizou, também, a ação precursora do Instituto dos Advogados no que denominou como sendo o “alvorecer do sentimento anti-esclavagista”. Em tom apologético e heroicizante, afirmou que a maior parte de seus presidentes “foi toda de abolicionistas” e que as salas do Instituto foram o único espaço a abrigar o debate sobre a emancipação até meados dos anos 60, quando o governo e o parlamento tomaram finalmente a iniciativa para a reforma da escravidão.

Numa época em que o princípio da escravidão era acatado por todos como um mistério sagrado, aqueles nomes representam o protesto solitário do Direito [...] Foram os juristas os que primeiro suscitaram a questão. Foi no estudo, na ciência do direito que as dúvidas, os escrúpulos, o caso de consciência social se originou.¹⁸

A citação é límpida. Para Nabuco, os juristas, pela arte da lei, são os responsáveis pela criação do sentimento anti-escravista, marcam a origem da “consciência social” sobre o tema, produzem, enfim, a história de uma “abolição”. Ao examinarmos, porém, o dia-a-dia das discussões internas do IAB, verificamos que os “escrúpulos” dos nossos juristas em relação à escravidão foram explicitados a duras penas e, na verdade, se originaram não a partir de sua consciência ou de seus estudos da “ciência do direito”, mas da obrigação de terem que se posicionar frente às demandas judiciais suscitadas por escravos.

Cabe ainda retificar uma omissão um tanto injusta realizada por Nabuco e lembrar que na sua caracterização dos juristas como produtores de uma “consciência social” anti-escravista, sua mensagem acaba, sem querer, cruzando-se novamente com a visão idealizada daquele outro jurista que tanto criticara e que enxergava a lei como a palavra fundadora do social. Teixeira de Freitas volta à cena, mas, curiosamente, mesmo sendo sócio-fundador e até presidente, por um curto período, do IAB, passa ao largo dos elogios tecidos pelo historiador-abolicionista. Por

¹⁸ Joaquim Nabuco, *Um estadista do Império*. Nabuco de Araújo, sua vida, suas opiniões, sua época, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1936, t. 2, p. 25. É sob a presidência de seu pai que Nabuco ingressa igualmente no IAB, prestando juramento como membro efetivo na sessão de 19.12.1871. *RIOAB*, 8 (1881), p. 205.

que o silêncio? Aplicando igualmente o método da “nota de rodapé”, consolidado por Teixeira de Freitas, Nabuco parece se justificar ao mencionar os desentendimentos do “Romanista” com a conclusão do Instituto a respeito dos escravos. Na pequena nota, ressalva que apesar de tudo, “fora do direito constituído ou antes da inteligência do simbolismo, do formalismo jurídico consagrado, o seu espírito é largamente humanitário”.¹⁹

Apesar da ressalva, a observação reforça a idéia de que o apego de Teixeira de Freitas ao rigor da ciência do direito (leia-se o direito romano) afastou-o de posições mais favoráveis à “sorte” dos escravos. Nabuco reconhecia as qualidades humanas e morais do “espírito” do jurisconsulto, porém pairando acima delas situava-se o terreno, igualmente sagrado e espiritual, dos seus princípios jurídicos. A posição do Romanista destoou, portanto, daquela adotada pela maioria dos seus colegas que presidiram o Instituto enquanto perdurou o escravismo.

Joaquim Nabuco, ao não detalhar os desentendimentos jurídicos ocorridos, que conduziram, inclusive, ao estremecimento das relações de Teixeira de Freitas com seus colegas do IAB, acaba por reproduzir a mesma atitude de silêncio adotada pelas direções posteriores do Instituto de não publicarem as atas das sessões em que se verificou o episódio. Existem apenas duas menções a ele. Na primeira, em 1862, sob a gestão de Perdigão Malheiro, responsável pela inauguração da revista oficial do IAB, publicou-se somente o relatório final da comissão de jurisprudência acerca da decisão dos sócios em relação à questão apresentada por Caetano Soares. Na segunda, em 1867, sob a gestão de Nabuco de Araújo (colega e amigo de Teixeira de Freitas, segundo a biografia de seu filho), quando da publicação das atas do ano de 1857, foram omitidas as sessões mais polêmicas e editadas apenas as duas últimas reuniões, mas já sem a presença do seu presidente Romanista.

A partir de alguns periódicos da Corte e de uma importante e pouco conhecida obra de compilação de questões jurídicas relativas a ações de liberdade movidas por escravos, realizada por um oficial da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, pudemos burlar o silêncio e reconstituir os “desagradáveis incidentes” (expressão cunhada pelo próprio Teixeira de Freitas) ocorridos no Instituto.²⁰ A reconstituição do episódio é importante,

¹⁹ Nabuco, *Um estadista do Império*, pp. 25-26, n. 4. A expressão “Romanista” foi cunhada por Nabuco.

²⁰ Os periódicos são: *Gazeta Forense*, *Diário do Rio de Janeiro*, *Correio Mercantil* e *Revista Jurídica* e a obra é a de Caratá, *Apanhamento de decisões*. Tomamos conhecimento de sua existência pela leitura de outra importante obra da área Lenine Nequete, *Escravos e magistrados no segundo reinado*, Brasília, Fundação Petrônio Portella, 1988, p. 26.

por um lado, para se desfazer uma possível imagem de Teixeira de Freitas, que pode ser feita por uma leitura superficial da nota de Joaquim Nabuco, como adversário intransigente das idéias emancipacionistas. O jurisconsulto, como vimos, na mesma época em que trava essa discussão interna no IAB e, provavelmente, como consequência direta dela, já dava os últimos retoques na *Consolidação*, advertindo para o “mal” que a escravidão fazia ao país e que não macularia sua obra com o “correlativo odioso” ao ideal “estado de liberdade” que tanto elogiava. Nesse sentido, sua interpretação jurídica surgida na discussão em questão, mesmo que não favorável aos escravos e mesmo se constituindo como um referendo legal à vigência da escravidão, não pode ser encarada como uma posição pró-escravismo.

Por outro lado, a discussão suscitada pela argumentação, certamente intransigente, de Teixeira de Freitas revela que os jurisconsultos tiveram dificuldades quando se viram obrigados a equacionar juridicamente o problema da escravidão. Alguns, como o Romanista, se apegavam incondicionalmente ao que ditavam as leis escravistas antigas, reconhecidas como subsidiárias pelas ordenações portuguesas; outros (que defendiam “o melhoramento da sorte dos escravos”) passaram a revê-las ou mesmo a criticá-las, algumas vezes mais a partir de seus princípios morais do que propriamente pela coerência de sua argumentação jurídica. Estes, no campo específico do direito, tentaram elaborar uma nova hermenêutica sobre os dispositivos escravistas da lei romana, que levassem em conta sua transformação no tempo e que dessem maior força de persuasão jurídica à noção de liberdade. Teixeira de Freitas combateu ardentemente essas interpretações e se de fato demonstrou intransigência e demasiado apego ao direito escravista romano, tal atitude, veremos, acabou apontando, por sua vez, para uma contradição, não menos significativa, que atingiu em cheio o coração de seus interlocutores. A reconstituição do episódio é rica, igualmente, para visualizarmos a forma pela qual ocorriam as discussões internas na comissão de jurisprudência do IAB que, como esperávamos, não nos poupavam de sua verborrágica e, às vezes, quase incompreensível retórica jurídica.

Paradoxos de um jurisconsulto: a “boa razão” do direito romano

Voltemos à conturbada sessão de 8 de outubro de 1857. Após tecer algumas considerações para justificar a apresentação da sua questão, Caetano Soares passou a emitir a sua opinião a respeito do primeiro quesito: seriam livres ou escravos os filhos tidos por uma escrava no tempo

em que foi deixada forra com a obrigação de prestar serviços? A resposta: livres, ratificando mais uma vez sua postura jurídica favorável à liberdade produzida em outros pareceres. Caetano Soares sustentou sua posição, primeiramente, a partir de uma interpretação peculiar de uma cláusula escravista do *Digesto* romano: a de que os filhos dos escravos dados em usufruto (isto é, os escravos que tiveram os seus serviços oferecidos pelo proprietário a terceiros) *não são frutos* (isto é, sua pessoa e seus serviços não seriam do domínio do usufrutuário, mas sim do proprietário).²¹ Como, no caso da presente questão, a doação do serviço da escrava foi feita por testamento — o que pressupõe o falecimento de seu proprietário — não haveria mais quem mantivesse a “propriedade” sobre os filhos da escrava nascidos depois da consumação desta doação. Em outras palavras, não existiria mais *estado de domínio* sobre eles. Seriam livres, mesmo antes do cumprimento do tempo de serviço estipulado para a liberdade de sua mãe.

Caetano Soares justifica o uso do dispositivo romano para seu exercício de hermenêutica jurídica, afirmando inexistir para a referida questão “legislação positiva e expressa nossa”. E que em casos “omissos”, poder-se-ia recorrer, conforme ditavam as ordenações portuguesas, ao direito romano, desde que os dispositivos escolhidos fossem fundados na *boa razão*. Cabe aqui uma observação. Esta forma de apropriação do direito romano é realmente intrigante, na medida em que, de forma ambígua, a partir de um preceito jurídico-moral, escolhe-se um dispositivo regulador de uma relação escravista, a fim de sustentar, por ele, uma argumentação favorável à liberdade. Este curioso paradoxo foi, mais uma vez, uma construção própria da retórica de juriconsultos emancipacionistas que, como Caetano Soares, privilegiavam a liberdade em detrimento da escravidão. Alcançavam seu objetivo nem que fosse por meio da elaboração de sofismas, como este que enxergava num dispositivo escravista o preceito da *boa razão*, para arrepio, certamente, dos ilustrados legisladores portugueses.

As ordenações não se detêm muito na explicitação do que significaria essa *boa razão*. Verificou-se, na verdade, um certo abuso, por parte dos advogados portugueses na manipulação desse preceito. Tanto é que a

²¹ Pelo direito romano, as crias dos animais pertenciam ao usufrutuário, mas, como adverte o juriconsulto, em diversas partes do mesmo direito “se nota a diferença feita entre os filhos dos animais e dos escravos”. *Gazeta Forense*, 14 (1857) e Carotá, *Apanhamento de decisões*, p. 15. As demais citações do texto, que se referem a discussão interna no IAB, provêm dessas fontes. Atualizou-se a ortografia, mantendo-se apenas os eventuais erros de gramática e pontuação.

Coroa, pelo uso desmesurado que se fazia das leis antigas, mesmo sabendo-se da existência das “leis pátrias e costumes do Reino”, viu-se obrigada a baixar a lei de 18 de agosto de 1769 — também denominada de “Lei da Boa Razão” — que esclareceu definitivamente os possíveis significados dessa expressão. Determinava a lei que as únicas cláusulas da *Corpus juris civilis* que poderiam ser acionadas subsidiariamente, em casos de completa omissão por parte das leis do Reino, eram as que obedeciam aos três princípios definidos pela *boa razão*: o respeito aos direitos divino e natural que fundaram as “regras morais e civis entre o Cristianismo”; ao direito das gentes estabelecido para a “direção e governo de todas as nações civilizadas”; e, por fim, a todas as leis modernas “políticas, econômicas, mercantis e marítimas, que as mesmas nações cristãs têm promulgado com manifestas utilidades do sossego público”.²²

Acontece que na passagem do século XVIII para o XIX, os princípios dos direitos divino, natural e das gentes seguidos pelas nações européias, “cristãs e civilizadas”, bem como os princípios do liberalismo econômico, foram canalizados para uma crítica cada vez mais acirrada em relação à existência da instituição da escravidão. Com este espírito, seria de bom tom ou de *boa razão*, por parte dos juristas iluminados, repudiar qualquer menção a leis ou normas escravistas de direitos antigos. O eminente jurista português oitocentista, Corrêa Telles, muito conhecido e citado pelos integrantes do IAB, no seu estudo sobre a lei de 18 de agosto de 1769, reproduz a mesma crítica, exemplificando quais seriam as leis romanas que deveriam ser descartadas por ferirem frontalmente os ditames da *boa razão*: as primeiras logo citadas foram as que legitimavam a origem do estado da escravidão (pela guerra ou pela venda). Para este jurista, a lei de 1769 inviabilizava o uso de qualquer dispositivo escravista romano como norma subsidiária, por ser completamente caduco e anacrônico frente aos princípios do direito natural e das gentes.²³

Mas como ser um jurista iluminado em terras ainda escravistas? Caetano Soares, no Brasil, parece não ter seguido a orientação de seu colega e conterrâneo. Utilizou-se da brecha da lei de 1769 para sacar um dispositivo do direito romano — contrário ao espírito desta mesma lei — porém adequado ao seu esquema de argumentação jurídica. Para ele, sem dúvida, a verdadeira *boa razão* era privilegiar o estado de liberdade

²² Sobre a referida lei ver José Homem Corrêa Telles, “Comentário crítico à Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769”, *AJURIS*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 8 (novembro, 1976), pp. 22-23.

²³ Telles, “Comentário crítico”, p. 29. Sobre a influência das fontes religiosas e das idéias racionalistas do campo do direito e da economia na formação do pensamento anti-escravista, ver Davis, *The problem of slavery*, parte 3.

em contraposição ao da escravidão, mesmo que isso o conduzisse a raciocínios complexos e controvertidos de interpretação jurídica. Foi, decerto, esta predisposição iluminista que o levou a interpretar, de forma paradoxal, uma cláusula escravista do *Digesto* — que regulava a divisão do patrimônio em escravos entre proprietário e seus usufrutuários — como uma prova de lei a favor da liberdade.

Caetano Soares ainda acrescenta mais um argumento à sua interpretação, aludindo possivelmente à máxima muito citada entre os romanistas — *partus sequitur ventrem*: “O filho da escrava segue a condição da mãe. Portanto, se a mãe tem direito de liberdade, esse direito também pertence ao filho nascido depois de lhe ser concedida essa liberdade”. Para ele, o significado da expressão testamentária “escravos forros com obrigação de prestarem serviços a alguma pessoa [...]” estabelecia para esses libertos sob condição o *direito* definitivo à liberdade, apesar da restrição temporária para seu gozo. E, uma vez livres, os filhos gerados após a aquisição desse direito seriam igualmente livres.

Feita a colocação do autor da proposta, Teixeira de Freitas, como presidente da sessão, abre a discussão para o plenário. Salles Rosa toma a palavra, concorda com a interpretação favorável à liberdade, mas fazendo uso do mesmo princípio do “ventre” chega a uma conclusão diferente sobre a condição dos filhos: a liberdade não os exime da obrigação de prestarem serviços, enquanto dura a mesma obrigação por parte da mãe. Os filhos seguem a mesma condição da mãe. Se esta é obrigada a trabalhar até um determinado tempo, os filhos nascidos neste período, mesmo sendo livres, quando aptos, deveriam também trabalhar.

A colocação, breve e sucinta, de Salles Rosa continha um pressuposto que poderia esfriar toda a discussão inaugurada por Caetano Soares. De nada adiantariam os mirabolantes exercícios de retórica jurídica feitos pelo autor da proposta para se justificar a liberdade. O mesmo princípio citado por ele para reforçar a noção de liberdade dava margem para a manutenção da mesma situação de trabalho forçado, ou seja, de escravidão, aos filhos que eram legalmente reconhecidos como “livres”. Da mesma maneira que Caetano Soares, retirava seu fundamento jurídico a partir também de uma reflexão eivada de paradoxos, chegando porém a uma solução completamente diferente. Por ela, garantia tanto o *status* legal de liberdade aos filhos da liberta sob condição, como assegurava para os usufrutuários o direito de explorá-los, temporariamente, como mão-de-obra escrava.

Para a manutenção da ordem e tranqüilidade numa sociedade escravista, a solução encontrada por Salles Rosa era juridicamente perfeita. Atendia aos interesses de ambas as partes envolvidas na questão. Havia

sido adotada, inclusive, em 1724, pelo *code noir* da Louisiana, no Sul dos EUA que, no seu artigo 196, estipulava que os filhos dos escravos naquela situação eram livres, porém sujeitos à mesma sorte de suas mães.²⁴ Tendo como referência este exemplo legal, efetivado por um código conhecido dos juristas brasileiros atentos ao problema da escravidão, a discussão travada no IAB certamente encontraria seu termo, não fosse a intervenção oportuna de um jovem advogado presente à reunião.

Tomando a palavra, Perdigão Malheiro afirmou de imediato que os filhos eram livres, uma vez que as mães haviam alcançado a manumissão, mesmo com a obrigação de terem que prestar serviços — “limitação que de modo nenhum altera a liberdade”. Mais adiante, cita o mesmo artigo do código da Louisiana que conjugado ao dispositivo romano mencionado por Caetano Soares se constituía num exemplo ideal de harmonização entre o direito antigo e moderno que privilegiava a liberdade. Justamente por isso e por se encaixarem inteiramente ao espírito da *boa razão*, aventado pela lei de 1769, ambos deveriam ser adotados pela legislação brasileira. Perdigão Malheiro, no entanto, afasta-se da solução apontada por Salles Rosa no momento de interpretar a condição dos filhos.

O orador não só considera livre esses filhos, como ainda entende, que eles não são obrigados a serviços. A condição de serviços é apenas imposta à mãe; é pessoal; é uma condição restritiva, que se não pode estender aos filhos: estes são livres completamente. E posto que o código moderno [da Louisiana] que acabo de citar estabeleça, que o usufrutuário possa exigir esses serviços, contudo não deve ser admitida semelhante restrição que certamente não se funda na *boa razão*, e deve ser repelida das disposições que constituem a nossa legislação subsidiária; — tanto mais que semelhante disposição repugna inteiramente à índole da nossa legislação em geral.²⁵

²⁴ Louisiana, de todas as colônias e depois estados norte-americanos, foi a única a regulamentar juridicamente a figura do *statu liber*. Seus tribunais, inclusive, foram acionados diversas vezes a respeito de sua condição. Ver Helen Tunnichliff Catterall, *Judicial cases concerning American Slavery and the Negro*, Washington, Carnegie Institution, 1932, v. 3 — Cases from the Courts of Georgia, Florida, Alabama, Mississippi, and Louisiana.

²⁵ Perdigão tinha, na ocasião, 33 anos. Em 1849, recém-saído, como doutor, do curso de ciências sociais e jurídicas da Academia de São Paulo, ele já defendia essa posição. Ver Manoel Alvaro de Souza Sá Vianna, *Instituto da ordem dos advogados brasileiros*. Cinquenta anos de existência, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1894. Esta posição é ratificada na discussão interna do IAB e, mais tarde, na sua maior obra *A escravidão no Brasil*. Ensaio histórico-jurídico-social, São Paulo, Edições Cultura, 1944, t. 1, pp. 140-150.

Destaca-se, novamente, o preceito da *boa razão* e, com ele, implicitamente, o princípio que recorrentemente se antepôs ao império absoluto do direito positivo: “[...] em favor da liberdade são muitas coisas outorgadas contra as regras gerais”. Perdígão Malheiro tinha em mente os mesmos princípios jurídicos pró-liberdade enfatizados por Caetano Soares, oriundos do direito antigo e reproduzidos também nas ordenações (embora neles tenham sido empregados, possivelmente, com uma conotação diversa da dos juriconsultos oitocentistas). Para ambos, qualquer limitação à liberdade ia contra o espírito, “moderno e civilizado”, do direito natural e das gentes que a favorecia, mesmo que de forma genérica. Para estes juristas, precursores do movimento emancipacionista, na acepção de Joaquim Nabuco, a *boa razão* era a própria liberdade e em defesa dela até decisões supra-legais poderiam ser efetivadas. Assim o fez Perdígão Malheiro na sua colocação, ao eliminar, a partir de um preceito que se situava “acima da lei”, a parte do dispositivo do código da Lousiana que atendia aos anseios dos proprietários escravistas (obrigar os filhos das libertas sob condição a prestarem serviços). Em suma, quando a possibilidade da liberdade entrava em questão, posicionamentos de cunho moral — ressaltados até por preceitos legais como a *boa razão* ou por expressões como a “índole da nossa legislação” — se sobrepujaram neste caso à qualquer lógica positiva de interpretação jurídica ou, quando muito, passaram a ser uma variável importante que deveria ser considerada pelos exegetas que vivenciaram a experiência do direito em sociedades escravistas.

Não era assim, entretanto, que pensava o atual presidente da casa. Para surpresa dos seus interlocutores, Teixeira de Freitas interveio na discussão, refutando a interpretação do caso a partir de leis não adequadas a sociedades escravistas e guiando, habilmente, a atenção dos participantes à área de sua maior especialidade: a exegese — a mais científica e perfeita possível — do direito romano.

Declara, que duplamente coagido, não só por não se achar de inteiro acordo com o autor da proposta, como por ter de ferir a sua natural propensão à liberdade, entende entretanto dever fazer algumas observações em ordem a dirigir a discussão, desejando sempre, que no Instituto se profiram as mais luminosas decisões. Como juriconsulto entende que deve ser severo nas resoluções que abraçar, e nota que num país, onde há escravidão, não se pode — quando se trata dela — marchar muito com o direito natural. O seu pensamento é que os filhos são escravos, enquanto for escrava sua mãe. Não se pode aplicar a esta espécie a teoria do usufruto; do contrário as conseqüências a tirar devem ser opostas.

E, provavelmente, acirrando os ânimos no Instituto, passa a proferir uma verdadeira aula sobre a “teoria do usufruto”, salientando a apropriação errônea que fizera Caetano Soares desse dispositivo do código romano. Para ele, seguindo fielmente a letra da lei e o espírito da época, o legislador romano não fez mais do que referendar a condição de cativo dos filhos da escrava dados em usufruto. O citado “parágrafo 37 do livro segundo da *Institutas de res divis.*”, ao estipular que os filhos não eram frutos, apenas regulava que eles não pertenceriam ao usufrutuário, mas continuariam como escravos, seja do proprietário (caso fosse vivo), seja de seus herdeiros. Era esta, portanto, a interpretação correta do dispositivo e não a outra que associava a expressão “não são frutos” ao significado de que seriam “livres”, não importando que o seu autor tenha chegado a ela pelos sentimentos mais nobres e dignos que favoreceriam o ideal de liberdade. Tal conclusão, no mínimo, deturpava a intenção da lei e de seu legislador. Era inconcebível para a visão jurídica (não paradoxal) de Teixeira de Freitas, avessa a influências subjetivas ou externas ao exercício científico, formal e positivo da doutrina do direito. Afinal, como afirmou, o “jurisconsulto entende que deve ser severo nas resoluções que abraçar[...]”.

Decidido a “marchar” pelo universo do direito romano, Teixeira de Freitas preparava-se para citar os dispositivos que para ele se aplicavam adequadamente ao caso em questão, quando foi abruptamente interrompido. Pedindo “ordem” aos presentes, Caetano Soares levantou-se e fez a seguinte observação: “[...] o Sr. presidente está discutindo e não simplesmente dirigindo a discussão; que portanto lhe parece que, ou não deve continuar, ou deve largar a cadeira da presidência”. A colocação, que denota um certo tom de irritação, pode ter sido correta do ponto de vista do regimento interno do Instituto: segundo um dos seus artigos, os presidentes de sessão deveriam coordenar e não participar ativamente das discussões. Se desejassem participar deveriam abandonar a “cadeira” de presidente, devendo ocupá-la somente “depois de votada a matéria em cuja discussão tiver entrado”. Não foi essa, porém, a atitude de Teixeira de Freitas que manteve-se no cargo até o fim desse entrevero jurídico, intervindo e direcionando sua discussão.²⁶

²⁶ Regimento Interno do Instituto dos Advogados Brasileiros, título IV, Das Sessões e Discussões, art. 38. *RIOAB*, 1(1) (janeiro, fevereiro, março, 1862), p. 20. Como veremos adiante, Teixeira de Freitas também não obedeceu ao art. 34 do regimento que determinava que nenhum membro poderia falar mais de duas vezes sobre cada assunto, à exceção do relator da comissão e do apresentador da proposta. É provável que os integrantes do Instituto não levassem muito a sério esta parte do regimento, pois consultando várias atas de diferentes sessões, não são poucas em que os presidentes tomam a palavra mais de uma vez, expondo seus pensamentos sem maiores problemas.

Não perdendo a compostura, o presidente declarou que apenas seguia os “precedentes”, iniciados pelo próprio autor da proposta, mas que colocava a questão para os integrantes da casa decidirem se podia continuar ou não expondo sua opinião. O gesto foi eficaz e a casa, por maioria, aprovou a continuação. Prosseguiu, afirmando existir na legislação romana um dispositivo mais adequado que solucionava definitivamente o caso em questão. Encontrava-se num dos fragmentos editados por Ulpiano, “onde se vê decidido que, enquanto dura a condição, o indivíduo permanece escravo”.²⁷ Apesar de considerá-lo como uma espécie de “estado médio”, entre a escravidão e a liberdade, no qual os indivíduos eram denominados de *statu liber* (estado livre), o jurisconsulto não vacilou em concebê-lo como escravo enquanto pendesse a condição. Logo, a pessoa permaneceria escrava embora tivesse direito à liberdade e, uma vez escrava, os filhos gerados por esta *statu liber* neste período seriam igualmente escravos. Teixeira de Freitas adota esta doutrina com uma ligeira modificação, ao reconhecer que a condição escrava dos filhos também extinguir-se-ia no momento em que a mãe se considerasse livre (o que não era o caso do fragmento romano).²⁸

As atas revelam que Caetano Soares tentou aqui, novamente, interromper o orador, “impugnando algumas das proposições adotadas pelo Sr. presidente”. Não há maiores detalhes sobre esta intervenção. Depois de ouvi-la, Teixeira de Freitas pediu permissão à plenária para tecer mais algumas considerações, a fim de demonstrar qual havia sido sua prática no foro, como advogado, quando se deparou com casos semelhantes. Por muito tempo, ele havia interpretado esses casos a partir da análise literal das palavras proferidas no testamento. A vontade do testador era sagrada, devendo ser respeitada e encampada pela lei, acima de tudo. Dessa maneira tudo parecia se resumir a uma questão de português. Quando na frase do testamento concedia-se primeiramente a liberdade para depois se acrescentar a condição (situação correspondente à 1a. hipótese da proposta de Caetano Soares), optava pela liberdade. Dando-se o contrário, isto é, “quando a cláusula dos serviços era anterior às expressões que conferiam a liberdade” (2ª hipótese da proposta de Caetano Soares), resolvia pela escravidão.

²⁷ *Statuliber, quamdiu pendet conditio, servus heredis est.* L. 9a. *Dig. de satulib.* “Enquanto pende a condição, o statuliber é escravo do herdeiro”. Malheiro, *A escravidão no Brasil*, t. 1, p. 141, n. 646. Tradução do autor.

²⁸ Esta posição é próxima da do código da Lousiana, que embora reconhecesse os filhos como livres, os obrigava a trabalhar como escravos até o cumprimento da condição pela mãe; e será ratificada no seu *código negro de rodapé*, na 2a. ed. (1865) de Freitas, *Consolidação*, p. 38. Art. 42, n. 1.

Por esta primeira racionalização jurídica, o jurisconsulto dá a entender que não tinha muita dificuldade em solucionar o caso. No entanto, ao mencionar mais um motivo que o influenciava na atuação como advogado, o quadro se complica e ele também dá a entender que sua solução trazia consigo certos incômodos. Vejamos mais de perto esse pequeno mas significativo dilema.

Entre a lei e a moral: a angústia de outro jurisconsulto

Em relação à primeira situação da proposta de Caetano Soares, favorável à liberdade, além da sintaxe, outra preocupação de teor extralegal é explicitada:

Era levado a essa decisão ainda por outra razão; e era — evitar quanto fosse possível, que aos escravos que se achavam em condição um pouco superior a dos outros e mais próximos ao estado de liberdade se infligissem esses castigos bárbaros que se consideram necessários para essa gente.

Uma preocupação de ordem moral movia o então jovem advogado Teixeira de Freitas. Todo escravo estava sujeito à possibilidade de ser punido por esses “castigos bárbaros”. Referendando a liberdade (ou o estado mais próximo a ela), o advogado imaginava poder livrá-lo dessa possibilidade, tranqüilizando um pouco, quem sabe, sua consciência. Por outro lado, podemos imaginar que esse estado de ansiedade ou angústia não o tenha abandonado no momento da segunda situação, em que levado por uma sutileza sintática da frase testamentária e, conseqüentemente, pelo respeito legal à vontade do testador, não pôde escapar de ter que ratificar a escravidão. Deixemos, por algumas linhas, a continuidade da discussão jurídica do Instituto e passemos a considerar esse possível estado de angústia que atormentou nosso jurisconsulto.

Esta hipótese da ansiedade provocada por dilemas morais (como o da aplicação de castigos físicos aos escravos) é plausível e há evidências de que Teixeira de Freitas a experimentou em diferentes momentos em que foi “obrigado” a lidar juridicamente com o problema da escravidão. A sua recusa de tratar o tema na *Consolidação* pode ter sido, inclusive, um sintoma desse processo. Em todo caso, não foi um dilema vivido exclusivamente por ele, mas por muitas outras pessoas que viveram em sociedades escravistas, como a brasileira, sobretudo a partir de meados

do século XIX, quando a legitimidade da instituição da escravidão passou a ser questionada.

Sérgio Adorno, analisando a atuação abolicionista dos estudantes da Academia de Direito de São Paulo afirma que, desde a década de 50, eles já publicavam nos jornais acadêmicos artigos em que criticavam a escravidão a partir de um viés essencialmente moralizante: era ela a responsável pela degradação da civilização e pelos vícios e embrutecimento dos cidadãos do país. Versos e prosas de poetas e contistas acadêmicos se esmeraram no realce da amargura e dos martírios vividos pelos escravos, onde os castigos aplicados sobre os “homens” eram dramática e ficcionalmente criticados. O autor ressalta o pequeno conto *Misérias da escravatura*, publicado no periódico *O Kaleidoscópio*, de 1860, que retrata o diálogo entre um fazendeiro e um estudante de direito em que o último demonstra indignação ao saber que um escravo estava sendo açoitado.

Ao atravessarem o cafezal o moço estudante ouviu de repente uns ais lastimosos e uma bulha de azorrague que caía em carne humana.

- O que é isso? Perguntou ele assustado. Será alguém que estão assassinando?

- Qual lhe respondeu o companheiro, é algum negro *mandrião* que o feitor está castigando. Vá ver que o patife estava dormindo no serviço.

- Mas é uma barbaridade, replicou o estudante. Como é que se pode castigar assim a um homem...

Um homem! Interrompeu o fazendeiro. Vejo que o dotorzinho [sic] é desses que acreditam que um negro é igual a um branco...

O estudante calou-se. Ele tinha bastante senso para não entrar numa discussão cujos resultados já ele sabia pela exclamação do fazendeiro.

Calou-se; mas consigo protestou escrever tudo o que visse e soubesse relativamente aos pretos desta fazenda.²⁹

²⁹ Sérgio Adorno, “O abolicionismo na academia de direito de São Paulo”, *Resgate. Revista de Cultura do Centro de Memória — UNICAMP*, 5 (1993), p. 95. Ver também do autor *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988. O próprio Teixeira de Freitas estudou na academia de São Paulo. Sua trajetória como estudante foi curiosa: após ter feito o primeiro ano do curso em Olinda (1832), transferiu-se para São Paulo, onde, no momento de se formar, desentendeu-se com a banca examinadora, requisitando a substituição dos professores-examinadores

Além da caracterização do ato da punição por açoite como uma “barbaridade”, o trecho revela, igualmente, a noção (“senso”), por parte do acadêmico, de que o horizonte moral de sua crítica ao castigo esbarrava no limite do que acontecia no interior das fazendas escravistas do período, que se utilizavam a valer das punições e do temor a elas como forma de dominação e controle social sobre os cativos. De fato, castigo e escravidão sempre estiveram irmanados, não sendo à toa que a supressão da pena de açoites aos escravos, em estabelecimentos públicos, só tenha ocorrido nas vésperas da abolição (o projeto de lei foi sancionado em outubro de 1886). No momento da discussão desse projeto, a relação de simbiose entre castigo e escravidão foi apresentada, inclusive, de forma explícita, pelos parlamentares escravistas que defenderam posição contra a abolição do açoite, pois entendiam que trazia em seu bojo a própria abolição da escravidão.³⁰

Logo, o personagem-acadêmico do conto (bem como seu autor) e juristas, como Teixeira de Freitas, estavam frente a uma prática secular e costumeira, reconhecida social, jurídica e politicamente no país. Nessa segunda metade do século XIX, havia tanto aqueles que encaravam o castigo como uma prática normal e necessária à reprodução de seus empreendimentos (aqui, incluindo, entre outros, os senhores de escravos, fazendeiros, etc... e os parlamentares e políticos que os representavam na Câmara e no Senado imperiais), como aqueles que exprimiam sua ojeriza aos “horrores” da escravidão (como, por exemplo, alguns dos panfletos jurídico-acadêmicos, alguns dos juristas como Teixeira de Freitas, e, entre outros, alguns, mas não todos, dos parlamentares e políticos emancipacionistas e, depois, abolicionistas, da Câmara e do Senado imperiais). Mas, entre esses últimos, tomar uma posição crítica em relação ao costume, ainda em meados dos oitocentos, poderia causar inúmeros

por julgá-los “suspeitos”. Não foi atendido, acabando por transferir-se, novamente, para Olinda, onde concluiu o curso (1837): Sílvio Meira, *Teixeira de Freitas. O jurista do império*, Rio de Janeiro, José Olympio & Brasília, INL, 1979, pp. 31-34. Este autor anota, contudo, que era normal na época os alunos iniciarem o curso numa escola e o terminarem em outra.

³⁰ Sobre o papel incontestável e exemplar do castigo nas relações escravistas desde o Brasil Colônia, ver Lara, *Os campos da violência*. E sobre a discussão do projeto de 1886, no parlamento, Robert Conrad, *Os últimos anos da escravatura no Brasil 1850-1888*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1978, pp. 287-289. São citadas, entre outras, as palavras do deputado e fazendeiro Lacerda Werneck, prevendo que a abolição dos açoites ocasionaria um desastre e uma desorganização completa da mão-de-obra: “Os estabelecimentos agrícolas não poderiam ser mantidos, declarou este experiente fazendeiro, sem ‘o regimen severo do castigo’”.

problemas, exigindo cautela e reflexão. Frente ao dilema, as respostas foram variadas, dependendo dos condicionantes do momento e da forma pela qual ele se apresentava. A resposta encontrada pelo personagem acadêmico, em meio ao universo escravista de seu interlocutor, foi o recuo estratégico, calando-se momentaneamente para depois expor por escrito, em outro momento e lugar, o seu “protesto”. Outras respostas, como a de Teixeira de Freitas, foram elaboradas num contexto de maior complexidade e, talvez, devido a isso, foram extremamente dúbias. Para nos aproximarmos dela, tomemos o exemplo de um outro conto, *O Caso da Vara*, de Machado de Assis, cujo enredo e personagem são também mais densos e complexos e onde o autor, com notável acuidade, apresenta os efeitos de uma outra resposta possível ao dilema.³¹

Nele, o personagem Damião é colocado frente a um “cruel” momento de decisão: atender a seu próprio interesse ou abrir mão dele em nome de uma promessa íntima de ter que proteger do castigo uma pequena escrava que simpatizara. Damião viveu um dilema moral consigo mesmo. Fugira do seminário, por volta de 1850, abrigando-se na casa de Sinhá Rita — a única pessoa, segundo seus planos (por ser a provável amante de seu padrinho), capaz de convencer seu pai a desistir de encaminhá-lo para o sacerdócio. E assim o fez Sinhá Rita, persuadindo o padrinho de Damião a negociar o perdão do pai. Nesse meio tempo, aguardando o desfecho do caso, o seminarista fazia gracejos para Sinhá Rita, contando chistes e anedotas. Num deles, fez rir a uma das “crias” da senhora que parara para ouvir o jovem, esquecendo-se completamente de seu trabalho. Sinhá Rita ameaçou-a com a vara, dizendo-lhe que se não terminasse a tarefa do dia receberia o castigo de costume. Neste exato momento, Machado descreve o afeiçoamento de Damião pela pequena escrava e a realização de sua promessa íntima:

Damião olhou para a pequena; era uma negrinha, magricela, um frangalho de nada, com uma cicatriz na testa e uma queimadura na mão esquerda. Contava onze anos. Damião reparou que tossia, mas para dentro, surdamente,

³¹ Os trechos citados a seguir estão em Afrânio Coutinho, *Machado de Assis. Obra completa*, Rio de Janeiro, Nova Aguillar, 1992, v. 2, pp. 577-582. O conto foi publicado no livro *Páginas recolhidas*, em 1899, mas seu enredo é situado em meados do século. Machado, no prefácio do livro, dá entender, também, que o redigiu bem antes de ser publicado, ao afirmar que as idéias desses contos e novelas “sairam primeiro nas folhas volantes do jornalismo, em data diversa, e foram escolhidas dentre muitas, por achar que ainda agora possam interessar” [grifo nosso].

a fim de não interromper a conversação. Teve pena da negrinha, e resolveu apadrinhá-la, se não acabasse a tarefa. Sinhá Rita não lhe negaria o perdão... Demais, ela rira por achar-lhe graça; a culpa era sua, se há culpa em ter chiste.

O dia passa e Damião continua a entreter a sua “protetora” e algumas visitas que haviam chegado à casa. Mais tarde, uma carta do padrinho, trazida por um escravo, informa que o pai de Damião esbravejara com a notícia da fuga, mas que depois de muita insistência o convencera de que ele deveria refletir bem durante a noite, dando uma resposta a seu pedido somente no dia seguinte. O caso, portanto, ainda não estava resolvido. Sinhá Rita, não deixando por menos, envia a resposta ao padrinho num tom ameaçador que revela a intimidade de ambos: “[...] ou você salva o moço, ou nunca mais nos vemos”. E voltando-se para Damião, anima-o, dizendo que ficasse sossegado, porque “aquele negócio era agora dela”.

Depois de reforçar o laço de favor que atava Damião a Sinhá Rita, Machado finaliza seu conto, enfatizando o dilema do seminarista e a angústia de sua decisão. “Era a hora de recolher os trabalhos”, e como Lucrecia (a escravinha) não havia dado conta de sua tarefa diária, a furiosa Sinhá Rita, agarrando-a pela orelha, passa a procurar pela vara do castigo. E a fina pena da ironia machadiana coloca o instrumento do suplício nas proximidades de Damião:

— Sr. Damião, dê-me aquela vara, faz favor?

Damião ficou frio... Cruel instante! Uma nuvem passou-lhe pelos olhos. Sim, tinha jurado apadrinhar a pequena, que por causa dele, atrasara o trabalho...

— Dê-me a vara, Sr. Damião!

Damião chegou a caminhar na direção da marquesa. A negrinha pediu-lhe então por tudo o que houvesse mais sagrado, pela mãe, pelo pai, por Nosso Senhor...

— Me acuda, meu sinhô moço!

Sinhá Rita, com a cara em fogo e os olhos esbugalhados, instava pela vara, sem largar a negrinha, agora presa de um acesso de tosse. Damião sentiu-se compungido; mas ele precisava tanto sair do seminário! Chegou à marquesa, pegou na vara e entregou-a a Sinhá Rita.

E assim entre o interesse e a solidariedade à condição da “negrinha”, ficamos com o interesse. Machado mostra, porém, que toda decisão tem seu preço e ninguém fica impune à decisão tomada. Há um sutil paralelismo entre a crueldade do castigo e o “cruel instante” vivido por Damião.

O ficar “frio” e com a visão embaçada pela “nuvem” apontam para um estado de ansiedade do personagem e, finalmente, o sentir-se “compungido” demonstra a culpa e a consternação pela sua decisão. É como se Damião, após entregar a vara, fosse igualmente castigado por ela, ficando ferido em sua consciência.

Alguns historiadores vêm detectando, por suas evidências, esse mesmo estado de ansiedade produzido por dilemas morais enfrentados por pessoas livres que vivenciaram, de alguma forma, a escravidão. Melton A. McLaurin, investigando a história de vida de uma outra Lucrécia, a jovem escrava Celia, que viveu no Estado do Missouri (EUA), em meados do século XIX, narra o exemplo real de um impasse semelhante ao *Caso da Vara*.

Celia havia sido comprada por um proprietário viúvo, já idoso, para lhe satisfazer, exclusivamente, os desejos (ou necessidades?) sexuais. Com o passar do tempo, a escrava foi se relacionando com as filhas do proprietário; uma da sua idade (por volta de 19 anos) e a outra de 36 anos, também viúva e com três filhos pequenos, ambas residindo na casa do pai. Após quatro anos de relacionamento, já com dois filhos e grávida de mais um, Celia passa a recusar, terminantemente, a prestar seu “serviço”, devido, segundo McLaurin, a um provável caso amoroso com um dos escravos de seu proprietário. Ela pede auxílio, então, às filhas, afirmando não poder mais receber o pai delas, por estar grávida e doente. As evidências disponíveis a McLaurin não registram qual foi a reação das filhas, mas conduzem-no a trabalhar com a hipótese de que o apelo de Celia as colocou numa situação embaraçosa e constrangedora, a qual denominou (citando outro historiador) de “*the fundamental moral anxiety of slavery*”. Elas foram forçadas, seguindo suas palavras, a se confrontar com um dos mais velhos e dolorosos dilemas morais da escravidão. Não fazer nada, significaria que Celia continuaria a ser explorada sexualmente por seu pai. Confrontá-lo, seria colocar em risco a estadia delas na casa (e, no caso da mais velha, a de seus filhos), já que dependiam economicamente de seu pai. “Cruel instante!...”, o que decidir? Afinal toda decisão tem seu preço e ninguém a ela fica impune. Nem as filhas do proprietário que, possivelmente compungidas como Damião, engoliram a seco todo o amargo da situação, velando para sempre suas bocas. O final da história é trágico. Celia acaba assassinando seu senhor e nos autos do processo crime em que é acusada não consta nenhuma informação de que as filhas do falecido e feroso proprietário tenham feito alguma intervenção a seu favor.³²

³² Melton A. McLaurin, *Celia, a slave*, Athens, The University of Georgia Press, 1991, pp. 27-28. A expressão “the fundamental moral anxiety” é de Charles G. Sellers, Jr., “The Travail of Slavery”, in *The Southerner as American*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1960.

Teixeira de Freitas, ao que demonstram nossas evidências, viveu esse dilema, tomou sua decisão e arcou com os incômodos de consciência que ela possivelmente tenha gerado. Só que para eles, ele encontrou o paliativo de um remédio muito especial: a justificativa da lei. Prossigamos. Já verificamos sua confissão no IAB de que os castigos aplicados aos escravos o afligiam. Sua atuação como advogado não o poupou de lidar com essa desagradável situação. Dez anos atrás, em 1847, ele se apresentou num tribunal da Corte como curador de uma liberta sob condição, ainda mantida em cativeiro, apresentando, além dos documentos que asseguravam sua liberdade — o que já seria satisfatório do ponto de vista jurídico — o fato dela ainda estar submetida à “violência” do seu antigo proprietário. A oposição aos castigos não só aguçava a sensibilidade moral do curador Teixeira de Freitas, como se tornava um *leitmotiv* jurídico para sua ação frente ao tribunal.³³

Mas este era o jovem advogado Teixeira de Freitas; o que dizer do já amadurecido jurisconsulto presidente do IAB? Voltemos à discussão interna da sessão. Continuando sua argumentação, afirmou que hoje em dia, “tendo mais profundamente estudado a questão”, havia mudado de opinião, não lhe importando mais a forma pela qual se produzia a redação do testamento. Em ambas as situações, resolvia pelo mesmo modo, ou seja: a escravidão. E isto, porque não considerava que a alforria do *statu liber* implicasse verdadeiramente uma condição, mas sim uma “obrigação a prazo”, ao final da qual consumava-se a liberdade. Lembrava que, antes dela, o *statu liber*, conforme Ulpiano, mantinha-se como escravo. Logo, mesmo quando a sintaxe do testador afirmava deixar livre os escravos com a condição de fazer alguma coisa, esta condição era, na realidade, uma obrigação sem a qual a liberdade não se dava. Sustentava seu estranho e complexo raciocínio jurídico em princípios (não especificados) do direito romano. Eis sua conclusão:

Não entende que nestes casos haja verdadeiramente uma condição.

A condição supõe um fato incerto, que depende do acaso ou da vontade dos homens; e no caso vertente não existe a vontade do escravo, nem a prestação de serviços depende também de qualquer fato determinado pelo acaso.

O que há portanto é uma doação que se há de realizar em certo tempo, e isto é muito usual nos contratos em geral.

³³ Juiz de direito da primeira vara cível da Corte, 1847. “Autos de manutenção da liberdade, autor Maria Eufrazia, curador Dr. Augusto Teixeira de Freitas”, *Arquivo Nacional*, no. 899, maço 2311, galeria A.

Percebe-se que, ao se aprofundar nos estudos da ciência do direito, o “espírito humanitário” de Teixeira de Freitas (lembrado por Joaquim Nabuco) e sua preocupação em relação aos “castigos bárbaros” sofridos pelos escravos foram subsumidos pelo rigor de seu “simbolismo e formalismo jurídicos”. O que importa solucionar, acima de qualquer sensibilidade moral, mas com rigor e satisfação científicos, eram os enigmas criados pela lei. Entre o dilema moral e o enigma da lei, fiquemos com a decifração do enigma da lei! E pela lei positiva existente (entre elas, a romana), o escravo era contemplado como objeto ou “cousa” de domínio e, portanto, passível de ser comprado, vendido, trocado ou doado. No âmbito da lei, “não existe a vontade do escravo”. O testamento de um proprietário, estabelecendo a alforria de seu escravo mediante a obrigação de prestar serviços a uma terceira pessoa, era encarado por Teixeira de Freitas como uma doação do proprietário a esta terceira pessoa — uma transferência de domínio — “muito usual nos contratos em geral”. Privilegiar o estado de liberdade, ou a vontade do escravo por ela, antes de cumprido o prazo da cláusula da doação ou contrato, era totalmente ilógico em termos legais e, no mínimo, uma ruptura ao exercício regular das leis civis de domínio e propriedade.

O jurisconsulto, pois, provava pela lei, diante dos seus interlocutores, o estado de escravidão do *statu liber*. Contudo, há um sinal de que a angústia pelos “castigos bárbaros” ainda atravessava sua consciência, incomodando-o. Como fez para resolvê-la (se é que realmente a resolveu)? Na sessão da semana seguinte (15.08.1857), depois de prováveis horas de estudo e compilação do *Digesto*, ele comunicava a seus colegas mais um incrível achado:

Fará uma observação final em referência ao que disse na sessão passada sobre a pena de açoites infligida aos escravos na condição que presume a proposta; e vem a ser que com o *maior prazer* achou no Direito Romano que, essas penas não se executam no *statu liber*.³⁴

Por um exercício de abstração, a descoberta de um dispositivo legal romano extinguiu a possibilidade do castigo ao escravo *statu liber* na

³⁴ Grifo nosso. O fragmento que deu “o maior prazer” a Teixeira de Freitas foi o do jurisconsulto romano Modestino (L. 14 *Dig. de quaestion*, XLVIII, 18) que reformara a doutrina anterior de Pompônio de que o *statu liber* fosse tratado como escravo, “mesmo quanto a açoites e outros castigos”. Malheiro, *A escravidão no Brasil*, t. 1, pp. 142-143. “Chegaram mesmo a decidir que ao *statu liber* não era aplicável a tortura ou açoites, por já não ser propriamente escravo [...]”.

sociedade escravista brasileira oitocentista. Lógico, tendo como referência a palavra da lei, mas totalmente irreal tendo como base nossa história social escravista. A preocupação de Teixeira de Freitas demonstra, por outro lado, que ele tinha perfeita noção de que sua solução jurídica, afastando a condição de livre do *statu liber*, não o livrava da conseqüência atroz do castigo presente, segundo imaginava, somente nas relações de escravidão. E que, por mais que racionalizasse juridicamente a condição de “cousa” do escravo, ele sabia inegavelmente que estava em jogo, naquela discussão do IAB, o destino de seres humanos. Ao pender para a escravidão, parece que estava disposto a pagar esse preço em nome da obediência estrita à palavra da lei. Mas foi por ela, igualmente, que acabou encontrando uma resposta para seu dilema. E como no “simbolismo e formalismo jurídicos” de Teixeira de Freitas a lei intervinha e fundava o social, não impondo se na realidade tanto escravos como até libertos fossem espancados a valer no dia-a-dia do Brasil escravista, ele parece ter aliviado, com “prazer”, a angústia que, como em Damião, castigava sua consciência. E dessa maneira, a reflexão abstrato-jurídica do jurisconsulto equacionou a possível ansiedade oriunda de suas indagações de ordem moral relativa aos atos “bárbaros” praticados na escravidão.

Não há como deixar de fazer aqui um outro paralelo com a obra de Machado de Assis. Teixeira de Freitas repete com maestria a sublime “lei da equivalência das janelas”, descoberta por Brás Cubas. A uma atitude inevitável, mas no íntimo questionável, nada como inventar uma nova atitude louvável e exemplar para redimir a anterior: “[...] estabeleci que o modo de compensar uma janela é abrir outra, a fim de que a moral possa arejar continuamente a consciência”. Num exercício de compensação à sua desgastada sensibilidade moral em relação ao castigo, ocasionada por sua solução legal ao caso, o jurisconsulto abre uma outra janela utilizando-se da própria lei. E, dessa forma, termina por configurar com tônus moral o próprio ato da racionalização jurídica, realizado não apenas para justificar a sua argumentação, mas para satisfazer e apaziguar a sua consciência.³⁵

³⁵ Coutinho, *Machado de Assis*, v. 1, p. 567. A atitude inevitável e, ao mesmo tempo, questionável era a da atração antiga de Brás Cubas pela prima Virgília (casada com Lobo Neves), e a atitude compensatória foi a devolução à polícia de uma moeda de ouro que encontrara na rua. A correspondência entre as duas situações está no capítulo “É minha”, expressão que o personagem diz à sua consciência, após o “delírio” da valsa dançada com a prima, e repetida, com gracejo, quando encontra a moeda. Sentindo a consciência pesar por ter retido a moeda, ele a envia à polícia, gesto que provoca um novo “delírio” em Brás Cubas, que se vangloria pela boa ação praticada, o que acaba por aliviá-lo do condenável gesto anterior da atração por sua prima. Essa passagem também é comentada por Kátia

A “desrazão” do direito romano e a desventura de uma “abelha trabalhadora”

A polêmica prossegue no IAB e as posições parecem se acirrar cada vez mais. Surpreendidos pela argumentação do presidente, ou talvez mesmo prevendo-a, Caetano Soares e Perdigão Malheiro resolvem enfrentá-lo, apresentando, porém, uma significativa mudança no conteúdo de suas razões. Contrariamente ao que haviam feito, passaram a criticar com firmeza a aplicação do direito romano ao caso em questão. Perdigão Malheiro cita mais uma vez o dispositivo da Ordenação que privilegia a liberdade em detrimento das “regras gerais” do direito, disparando a sentença final de que “a teoria do Direito Romano, com suas sutilezas” não era aplicável na discussão que travavam. E Caetano Soares, abandonando por completo a sua hermenêutica sobre a “teoria do usufruto”, e num reconhecimento implícito do equívoco de sua argumentação frente à crítica do adversário, arremata: “Nada para este caso de Direito Romano com suas disposições bárbaras e contraditórias, filhas de épocas diversas e ditadas por opiniões diferentes”.

Na sessão da semana seguinte (15.08.1857), elogios e críticas ao uso dos dispositivos romanos como legislação subsidiária são reproduzidos. Teixeira de Freitas volta à carga, tentando provar a partir da leitura de “diversos trechos da legislação romana” (não especificados na ata) que as duas hipóteses da proposta de Caetano Soares, na verdade, seriam uma só. E novamente insiste na sua conclusão: em ambas, a

Muricy, *A razão cética. Machado de Assis e as questões de seu tempo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 108: “Enfim, seus escrúpulos em relação à conquista de Virgília foram aliviados com a devolução da moeda de ouro. Um desejo condenável é ventilado por uma boa ação”. Já para Roberto Schwarz, a lei compensatória desvendada por Machado não se resume apenas à questão moral do adultério, mas reflete a contradição fundamental de uma sociedade desejosa em manter características europeias e civilizadas em meio a formas escravistas de dominação: “A satisfação de um escrúpulo secundário serve para acalmar o outro principal. A devolução da moeda, acompanhada da correspondente estima pública, permite à personagem passar por alto a questão moral do adultério. Note-se que esta substituição de escrúpulos transcende a hipocrisia e a dimensão individual da compensação imaginária. Ela se opera por intermédio da aprovação social efetiva, que por sua vez substitui a convicção interior, embora lhe conservando as aparências. O interesse estrutural que têm os setores europeizados da sociedade em desconversar — em sustentar o caráter civilizado do país, por oposição a suas formas de dominação *incivil* — constitui o solo da universalização deste mecanismo, cujo ponto de aplicação crucial não é o adultério, como aliás o adultério, embora esteja no centro do livro, não é o tema profundo deste”, Roberto Schwarz, *Um mestre na periferia do capitalismo: Machado de Assis*. São Paulo, Duas Cidades, 1990, p. 137.

intenção do testador era legar os serviços de seu escravo num prazo determinado e que, portanto, de acordo com os dispositivos legais lembrados, os filhos gerados nesse tempo seriam cativos. Mas, ao abrir a discussão para o plenário, para seu desencanto, passou a ouvir o que como Romanista, com certeza, não desejava ouvir. De forma consecutiva, um por um da maior parte dos sócios presentes passou a negar peremptoriamente a aplicação da lei romana ao caso em discussão. E mais: voltaram a ratificar que em litígios que envolvessem pessoas escravizadas, a liberdade — como valor moral — ou a busca do que seria uma “melhor condição” para os cativos, deveria ser privilegiada e, em última instância, sobrepor-se à própria determinação da lei.

Entre outros, destaca-se a intervenção do sócio de nome Sayão.³⁶ Na mesma linha de Caetano Soares e Perdigão Malheiro, demonstra que o caso deveria ser enfocado por um prisma bem diverso da mera exegese positiva da lei.

Entende, que não é possível ir-se muito adiante, se se quiser aplicar à questão vertente o rigor dos princípios. Se a escravidão é um fato, em que se dá aberração do Direito, como aplicar-lhe rigorosamente esses mesmos princípios de Direito? Parece-lhe portanto, que se deve antes consultar as conveniências sociais, a humanidade, o coração;

E as “conveniências” supra-legais de Sayão terminam por apontar para a liberdade, ressaltando que, em ambas as situações incluídas na questão levantada por Caetano Soares, o proprietário abria mão do seu domínio sobre o escravo. Colocar restrições ou impecilhos a essa vontade do testador seria inadequado. Num tom irônico, conclui, ridicularizando a argumentação de Teixeira de Freitas: “Não havendo quem conteste o direito que tem o senhor de dar liberdade ampla ao seu escravo, admira-se, que haja quem conteste o exercício desse mesmo direito com mais ou menos ônus”.

A cena que presenciava se torna ainda mais espantosa para Teixeira de Freitas, quando intervém no plenário um outro profundo erudito da *lex romana*. Urbano Sabino Pessoa de Mello, após elogiar o saber e a perspicácia das palavras proferidas pelo Romanista, passou em seguida a acrescentar:

³⁶ O nome completo é Antonio Luiz Sayão, advogado recém-matriculado como sócio efetivo do IAB, em 30 de setembro de 1857. Uma lista dos sócios mais antigos do Instituto é elaborada na década de 1860 e reproduzida em *RIOAB*, 7(1) (outubro-novembro, 1870), pp. 136-137.

É também entusiasta decidido do Direito Romano; notará porém, que esse direito não é Lei nossa, de nossa feitura; — e por sua parte declara, que sempre o repelirá quando esse direito admitir princípios e disposições repugnantes às idéias da moderna civilização.

Quanto à solução da proposta, reconhecia igualmente não haver uma diferença sensível entre as duas hipóteses, mas de maneira oposta ao presidente considerava ambas como uma “doação pura de liberdade”.

Isolado e único em sua posição, o presidente do Instituto contemplou a derrota de sua argumentação. Por ampla maioria, os sócios decidem que as duas hipóteses de alforria condicional incluídas na proposta são diferentes, prorrogando para as sessões seguintes a decisão sobre a liberdade dos filhos das escravas libertas em cada uma delas. Mas pelas colocações de seus interlocutores, Teixeira de Freitas já percebia que o Instituto referendaria sem demora, e oficialmente, a interpretação jurídica de que os filhos de uma *statu liber* seriam livres por nascimento. Tal decisão era encarada como uma anomalia para quem seguia à risca a palavra da lei, ainda mais quando esta provinha de seculares tradições jurídicas herdadas.

As colocações de Caetano Soares, Perdigão Malheiro, Sayão e Urbano Sabino, entre outros — todos eles mestres e estudiosos do direito (aliás, condição mínima para ingressarem no Instituto) — são claras na crítica que fazem à aplicação das cláusulas escravistas do direito romano nas causas jurídicas de liberdade do Brasil oitocentista. O próprio Perdigão Malheiro deu continuidade a essa crítica, quando redigiu, anos mais tarde, o seu ensaio jurídico sobre a escravidão, diferenciando, em cada capítulo, o que correspondia à legislação escravista romana e o que dela deveria ser eliminado ou seguido no Brasil do século XIX. A crítica, porém, não pode ser generalizada para todos os casos. Mesmo Perdigão Malheiro considerou que alguns dispositivos escravistas romanos, com o passar dos séculos, foram reformados, tendendo mais à liberdade do que propriamente à escravidão. Isto é, para casos específicos (poucos, diga-se de passagem), o jurisconsulto ainda considerava que o direito romano poderia ser citado e aplicado.³⁷

³⁷ Malheiro, *A escravidão no Brasil*, t. 1, pp. 142-144. Na verdade, em algumas ações cíveis de liberdade, os curadores dos escravos se muniram também de todos os dispositivos romanos capazes de embasar suas razões jurídicas a favor da liberdade. Chalhoub, *Visões da liberdade*, p. 152, cita que na Corte, no início da década de 1870, foram produzidos “em

É possível até que a aversão desses juriconsultos aos dispositivos romanos tenha emergido apenas neste embate específico sobre a condição escrava ou não dos filhos da *statu liber*, uma vez que os mais favoráveis à liberdade viram-se em dificuldades para localizar os artigos de lei que balizassem suas interpretações. E, também, por terem enfrentado no plenário um adversário da estatura do Romanista, que minou com certa facilidade o contorcionismo jurídico de Caetano Soares que localizara na teoria romana do usufruto uma prova favorável à liberdade. A estratégia, pois, teria sido a de desmerecer o máximo possível o legado “bárbaro” das leis antigas que regulavam a escravidão. Para eles, a pendência entre a liberdade e a escravidão não poderia mais ser resolvida em torno de “sutilezas jurídicas”, ainda mais quando oriundas das leis antigas. A discussão deveria alçar vôos mais altos, além dos princípios meramente positivos da lei, alcançando, na verdade, os princípios jurídico-morais, ligados aos valores ditos “modernos” e “civilizados” e fundados, enfim, na famigerada e já muito citada *boa razão*.³⁸

poucos meses cerca de duzentos processos de liberdade, baseados em disposições do direito romano segundo as quais os senhores que obrigavam suas escravas à prostituição eram obrigados a libertá-las”. Estas disposições são comentadas por Malheiro, *A escravidão no Brasil*, pp. 80 e 112. Mas mesmo neste caso específico, inverso ao que se dava no interior do IAB, já que o dispositivo era requisitado para referendar a liberdade, as dissensões em relação ao uso mais adequado do direito romano ainda se colocavam. O que demonstra, mais uma vez, que sem a definição do nosso *código negro*, até o direito romano escravista era manipulado como arma no campo da batalha jurídica entre a escravidão e a liberdade. Houve um juriconsulto que não concordou com essa apropriação da lei antiga. “A escrava que se prostitue por ordem do senhor podia pelo Direito Romano implorar a proteção dos Bispos, para fazer cessar esse escândalo. Lei 13 *Codicis. De Episcopati audientie*. Pelas publicações do *Jornal do Commercio* de Março de 1871 parece que se tem querido fazer valer esta lei romana para obter-se alforrias d’escravas, cujos corpos andavam em almoeda. Parece-nos porém que essa lei nem se presta a essa interpretação, e nem pode ter lugar entre nós por maior elastério que se queira dar aos favores à liberdade. Se existe alguma disposição expressa a respeito, não temos dela conhecimento”. João José Rodrigues, *Miscellanea juridica ou grande peculio de decisões do Tribunal da Relação da Corte e d’outras províncias do Imperio, do Supremo Tribunal de Justiça e Tribunaes do Commercio sobre questões de direito civil, commercial e criminal [...]*, Rio de Janeiro, B.L. Garnier, 1875, p. 121

³⁸ Muito tempo após a essa discussão do IAB, o direito romano ainda era requisitado para embasar as razões, tanto dos advogados dos proprietários e/ou herdeiros, como dos curadores da *statu liber* e/ou seus filhos. Em 1877, o Supremo Tribunal de Justiça examinou um processo em que um hábil curador fez o que nem Caetano Soares e Perdigão Malheiro conseguiram em relação à argumentação de Teixeira de Freitas. Contestou de frente o fragmento de Ulpiano de que os filhos da *statu liber* seriam escravos, utilizando outros fragmentos do próprio juriconsulto que o relativizavam, não deixando também de esgrimir o argumento da *boa razão* para eliminar essa cláusula menos favorável à liberdade

Era muito para um jurisconsulto como Teixeira de Freitas que, de maneira inversa, há pouco, havia posto de lado seus princípios morais em prol do respeito absoluto ao formalismo da lei e isto, como vimos, à custa de uma certa angústia. Alguma coisa soava estranho e a existência da escravidão continuava a criar situações desagradáveis para o Romanista. Aflito e tenso, ele percebeu que a polêmica que se travava no Instituto entre a escravidão e a liberdade deslocava-se para fora dos parâmetros legais, desconsiderando o conhecimento preciso e rigoroso que os sócios deveriam ter dos dispositivos e normas de lei que regiam o tema em debate. A questão estava, portanto, fora de seu controle como presidente e além de sua capacidade de racionalização como jurisconsulto, uma vez que somente a partir da mensagem positiva da lei é que o autor da *Consolidação* costurava seu pensamento e reflexão jurídicos.

O que se sucede, após esta sessão, é inusitado no currículo da história “oficial” do Instituto dos Advogados. E é sintomático que suas atas tenham se omitido no registro de tão singular episódio. Teixeira de Freitas renuncia publicamente à presidência do IAB, veiculando, para surpresa e irritação dos demais colegas, uma carta no *Correio Mercantil*, onde resumiu toda a polêmica havida. Sua atitude foi criticada pelos sócios, pois não só abria para o domínio da opinião pública um assunto delicado e interno do Instituto, como revelava haver cisão e falta de unidade numa associação criada justamente para unificar a ação e o pensamento jurídicos dos advogados.

Na carta de renúncia, Teixeira de Freitas volta a insistir nos argumentos jurídicos pró-escravidão dos filhos da *statu liber*, fazendo uma verdadeira apologia do direito romano — considerado por ele ainda como um “direito vivo” — e rechaçando todas as críticas feitas no interior do Instituto em relação ao valor de suas regras. E mais uma vez, Caetano Soares e Perdígão Malheiro, enfrentam o “maior dos jurisconsultos”, publicando nas mesmas páginas do *Correio Mercantil*, suas respectivas

da lei antiga. O advogado do proprietário, demonstrando similar habilidade, pincelou outros dispositivos romanos escravistas para defender a posse dos filhos da *statu liber*, além, igualmente, de contextualizar as razões de seu adversário, ao afirmar que “de fato, em 1862, época da fatura do testamento, já havia começado e adquirido imenso incremento a propaganda emancipadora, já muitos jurisconsultos negrófilos, torcendo e até mutilando os textos do Direito romano, sustentavam que os filhos da *statulibera* nasciam livres [...]”. Supremo Tribunal de Justiça, 1877. “Processo de revista cível entre partes. Procurador da Coroa, recorrente, João Albino Pinto de Magalhães Lima, recorrido”. *Arquivo Nacional*, no. 1221, maço 1652. galeria A [grifo nosso]. Os ministros negaram o pedido de revista à sentença do Tribunal da Relação de Ouro Preto, de 1874, que ficara numa espécie de meio termo entre as razões dos litigantes, libertando todos os filhos da *statu liber*, à exceção de seu primogênito.

respostas, em que asseguram que não só por questões de sentimento ou vontade, mas por normas jurídicas, mesmo que amplas e genéricas — como as da *boa razão* e o capítulo das ordenações —, os dispositivos escravistas romanos não poderiam mais ser considerados e a liberdade estaria favorecida mesmo contra as “regras gerais de direito”.³⁹

E, assim, se consolidava, mais uma vez, o impasse sobre a condição dos filhos da *statu liber*. As posições de ambas as partes pareciam ser irreduzíveis. Não resta dúvida que do ponto-de-vista da argumentação jurídica tal impasse seria eterno, pois ambas as reflexões tinham seu fundamento legal, dada a ausência do famigerado código civil que orientasse os juristas, priorizando as leis, entre as milhares que haviam, que deveriam ser seguidas, em especial, aquelas ligadas ao explosivo tema da escravidão. O apego de Teixeira de Freitas ao direito romano pode evidenciar demasiado rigor e intransigência de uma concepção jurídica que valorizava os formalismos e simbolismos da lei e que era totalmente avessa às injunções sociais e políticas do tema em discussão. De fato, na carta de renúncia, o jurista não admitia que o ato da reflexão jurídica se mesclasse a “paixões” ou “arrebatamentos de entusiasmo”, explicitados, segundo ele, nos sentimentos favoráveis à liberdade apresentados por seus adversários. A crítica foi direta a Caetano Soares:

Eram-me conhecidas suas mui louváveis tendências em favor da liberdade, tendências que nestas matérias, ainda mesmo com subversão dos princípios, o fazem sempre propender para a sua idéia predileta. Arreceei-me, pois, de que o forte licor da liberdade, que na ordem política tantas calamidades há causado, toldasse os espíritos no exame de uma questão jurídica, que aliás devera ser calmo e refletido.⁴⁰

A resposta de Caetano Soares, por sua vez, ressalta a falta de sensibilidade de Teixeira de Freitas para com as questões oriundas dos “sentimentos generosos do coração”, variável indispensável, segundo ele, para a exegese jurídica dos juristas. Sua paixão e entusiasmo eram,

³⁹ Réplicas e trélicas dessa discussão estão em *Correio Mercantil*, 14(289, 292, 294, 305, 306 e 315) (outubro, novembro, 1857).

⁴⁰ Os trechos da carta de renúncia reproduzidos aqui estão em Manoel Alvaro de Souza Sá Vianna, *Augusto Teixeira de Freitas. Traços biográficos*, Rio de Janeiro, Typ. Hildebrandt, 1905, p. 47.

portanto, válidos para sua concepção, e em nada subvertiam os princípios da lei. Demonstrou, ironicamente, ser também Teixeira de Freitas um entusiasta apaixonado pelos códigos romanos, reconhecendo, inclusive, da parte do “doutíssimo antagonista muita ciência do direito, muita ilustração e talento superior”, mas não admitia sua postura intransigente de considerar apenas a sua interpretação, rigorosa e positiva da lei, como a única verdadeira, comparando sua atitude a de um inquisidor medieval.

Posso eu estando em erro ser esclarecido pelas razões que se me apresentem, pela meditação, pelo estudo; mas nunca poderei ver a verdade senão no meu próprio espírito. Aquele que pretendesse obrigar os outros a curvar-se ao seu modo de ver em matérias de direito ou científicas, queria exercer uma espécie de inquisição semelhante à da meia-idade em matérias de religião, tão repugnante à razão e ao coração humano.⁴¹

Mas se, realmente, o Romanista mostrou-se intransigente — inclusive, consigo mesmo, ao colocar, de forma abnegada, acima de sua aversão moral à escravidão (e aos “castigos”), o seu ofício de jurisconsulto, como seguidor absoluto das determinações positivas da lei, mesmo que escravistas — ele não deixou escapar a oportunidade de cutucar seus adversários, demonstrando, com argúcia, uma incoerência no conteúdo de suas razões. Se estas eram baseadas nos “sentimentos generosos do coração”, atentas às circunstâncias sociais e políticas do país, e favoráveis aos ideais morais da liberdade, por que não sustentavam seus interlocutores — com base nestes mesmos argumentos supra-legais — o fim imediato da escravidão? Por que, em vez de permanecerem no terreno do direito, criando absurdas interpretações jurídicas como a de que o *statu liber* seria, simultaneamente, meio-livre e meio-escravo, eles não reivindicavam, na esfera política, a extinção de toda relação escravista? Afinal, se desejavam, insistentemente, a melhoria da sorte do escravo, não seria mais prático e coerente defenderem de imediato o estabelecimento da liberdade no país? Na sua carta de renúncia, o “maior dos jurisconsultos”, explicitou, em variados trechos, a sua crítica.

Se quereis que o escravo seja pessoa, acabai com a escravidão. Se quereis a escravidão, o escravo será cousa[...].

⁴¹ *Correio Mercantil*, 14(305) (08 nov 1857), p 2.

Se quereis portanto melhorar entre nós a sorte do escravo, já que não podeis abolir a escravidão, colocai esse homem desventurado na sua real posição e outorgai-lhe todo o favor possível; mas não lhe troqueis o nome. Desta maneira, se ornais o escravo com o fagueiro título de livre, agrava com o escárnio a vossa tirania, e também insultais a liberdade.

A liberdade é indivisível. Se, por explosão de entusiasmo, o escravo da vossa questão é um homem livre, vós não lhe podeis tirar um seítal [sic] dos direitos, que constituem a liberdade[...]. Estarei dispostos a aceitar todas as consequências? ⁴²

A relação entre a legalidade positiva da escravidão e a existência de “paixões políticas” pela liberdade colocava-se como uma difícil equação para a arquitetura do pensamento jurídico de Teixeira de Freitas. Talvez, por isso ele não admitisse, de forma resoluta, as incoerências, os paradoxos e as flexibilidades de raciocínio na interpretação das leis apresentadas por seus ex-colegas do IAB. Mas uma outra coisa também é certa: o diagnóstico dessa contradição no discurso de seus adversários parece ter produzido seus efeitos. Estariam mesmo dispostos Caetano Soares, Perdígão Malheiro e demais sócios do Instituto a “aceitar todas as consequências” de sua decisão?

Parece que não. Depois de sucessivos adiamentos, em função da confusão inaugurada pela renúncia do presidente, os advogados se reuniram, em dezembro de 1857, e, ratificando a profecia temerosa de Teixeira de Freitas, decidiram pela liberdade dos filhos da *statu liber*. Foram unânimes quanto à primeira hipótese da proposta, quando no testamento do proprietário a condição da prestação de serviços se apresentava posteriormente à concessão da liberdade. Mas na situação contrária, a votação foi apertada (oitos votos contra sete a favor da liberdade), demonstrando que uma parte significativa dos sócios presentes à sessão ou ainda estava presa às interpretações do português das cartas testamentárias ou ficara tocada com a atitude extrema e imprevista do presidente da casa, concordando com as argumentações de sua carta de renúncia.

⁴² Vianna, *Augusto Teixeira de Freitas*, pp. 60-61.

Caetano Soares e Perdigão Malheiro optaram pela liberdade em ambas as hipóteses. Entretanto, estes dois maiores interlocutores de Teixeira de Freitas, em toda essa discussão interna do IAB, se negaram a enfrentar o seu desafio, fugindo das últimas conseqüências de sua decisão. Perceberam que ela também não ficaria impune; que ela feria outro privilégio igualmente legítimo do ponto-de-vista jurídico: o direito de propriedade.

O *Sr. Caetano Alberto* simpatiza extremamente com as idéias do Sr. Perdigão; porém, antes de tudo, lembra-se da legislação que entre nós vigora; lembra-se que como advogados devemos respeitá-la e defendê-la, fazendo entretanto votos para que de uma vez se acabe no nosso país esse desgraçado estado de escravidão. As nossas leis, como as de todas as nações civilizadas, fazem respeitar o direito de propriedade. Em virtude desse direito o proprietário pode livremente dispor do que é seu, do que lhe pertence. Desde que se admite a propriedade no escravo, não se pode fugir às conseqüências desse direito.⁴³

Perdigão Malheiro concordou inteiramente com o orador, lembrando o princípio constitucional que garantia o “direito de propriedade em toda sua plenitude”. Feita a ressalva, ambos seguiram de mãos dadas para ratificar a liberdade na questão jurídica citada. Dessa maneira, analogamente ao próprio Romanista e a Brás Cubas, eles aplicaram, mais uma vez, a “lei da equivalência das janelas”. Ao “fecharem” a questão pela liberdade, eles “abriram” uma outra — a defesa da propriedade. É provável que o “fantasma” do desafio à coerência feito por Teixeira de Freitas ainda pairasse sobre o IAB, conduzindo os jurisconsultos a fugirem permanentemente dele. O desafio feito pelo Romanista, de se extinguir a escravidão em vez de se perder tempo em estafantes discussões jurídicas sobre o estatuto legal dos escravos, ficou sem resposta possível por parte de um Caetano Soares ou de um Perdigão Malheiro que jamais colocaram em discussão o direito da propriedade em escravos ou a vigência política da escravidão, embora reconhecessem moralmente a sua ilegitimidade.

Entre a angústia, a irritação e a decepção, Teixeira de Freitas encerra sua breve gestão como presidente do IAB, abandonando de vez a companhia de seus colegas jurisconsultos. Mas antes de regressar ao seu estado de “isolamento” ou aos “monólogos de um solitário”, a fim de finalizar seu

⁴³ RIOAB, 5(1-2) (julho-dezembro, 1867), pp. 174-175, ata do dia 03.12.1857.

trabalho da *Consolidação*, ele não perdeu a chance de ironizar a própria existência do Instituto. Não só provocou seus pares, oferecendo dinheiro para a compra da *Corpus juris civilis*, que procurou mas não localizou na biblioteca da casa e com a qual poderia rebater os argumentos de seus adversários, como, com tal gesto, confirmou a indagação feita no início de sua carta de renúncia a respeito do amadorismo e oportunismo do Instituto.

Entendi que as sociedades e comissões científicas eram instituições de mero luxo, senão um hábil invento da insuficiência e ociosidade, que permite a pequeninos zangões sorver o mel fabricado por abelhas trabalhadoras. Estaria em erro?

As mediocridades abundam.[...].⁴⁴

Os biógrafos e os estudiosos da obra de Teixeira de Freitas não deram muita atenção ao episódio de seus desentendimentos com os demais juristas do IAB. Isto, talvez, por partirem do pressuposto errôneo de que sua recusa em abordar o tema da escravidão na *Consolidação* demonstrava que ele era um crítico ferrenho da instituição. O exame da polêmica interna do IAB demonstra, pelo contrário, que mesmo tendo aversão às “violências” da escravidão, o jurista a considerava legítima do ponto-de-vista jurídico. E que, na verdade, sua crítica ferrenha foi despejada em cima daqueles que desejavam “politizar” ou “moralizar” a discussão jurídica, mesclando-a aos anseios e sentimentos a favor da liberdade. Sua atitude, por outro lado, embora restrita ao universo abstrato das discussões jurídicas (chegando por vezes a moralizá-lo), acabava por legitimar também a própria vigência política da instituição. Desta maneira, a lacuna sobre o tema, presente na primeira edição da *Consolidação* ou no subterfúgio do seu *código negro de rodapé* nas edições posteriores,

⁴⁴ Vianna, *Augusto Teixeira de Freitas*, p. 43. A carta de Teixeira de Freitas é lida na sessão do IAB, no mesmo dia 22 de outubro em que foi publicada no *Correio Mercantil*. Ela é encaminhada à comissão de estatutos e regimento da casa que, na sessão da semana seguinte (29.10.1857), emite um parecer sobre a oferta do ex-presidente. Após algumas modificações, o parecer é aprovado e, num rebate à sua provocação, decide “que se responda ao Sr. Dr. Augusto Teixeira de Freitas que o Instituto não aceita o seu oferecimento de 1:000\$000 para compra de livros, pelo modo e circunstâncias em que foi feito; e que, tomando em consideração o seu pedido de demissão do cargo de presidente, resolveu dispensá-lo do mesmo cargo”. Ver o relato dessa sessão no *Diário do Rio de Janeiro*, 37(304) (08 nov. 1857), p. 2.

evidencia a fuga de Teixeira de Freitas em relação à uma questão considerada por ele como “desagradável” e não uma postura anti-escravista de sua parte. Fuga esta explicada pelas feridas recentes, ainda não cicatrizadas, produzidas pela polêmica interna do IAB, justamente o fato biográfico esquecido ou omitido pelos comentaristas que enaltecem a personalidade do jurista.⁴⁵

⁴⁵ Ver, entre outras obras, as de Vianna, *Instituto da ordem dos advogados brasileiros*, 1894 e *Augusto Teixeira de Freitas*, 1905; Silveira, *Instituto da ordem dos advogados brasileiros*, 1944; Armando Vidal, “O Instituto da ordem dos advogados brasileiros”, in *Livro do centenário dos cursos jurídicos (1827-1927)*, Rio de Janeiro, s. d., 1928, v. 1, p. 375-430; Laercio Pellegrino. “Teixeira de Freitas”, in Floriano, *Ex-Presidentes do Instituto dos advogados brasileiros*, pp. 59-64; e a obra definitiva de Meira, *Teixeira de Freitas*, 1979, que realiza uma análise crítica de todos os ensaios bio-bibliográficos e, também, o único a comentar o episódio do IAB, considerando-o, no entanto, um acidente de percurso na trajetória contrária à escravidão por parte do jurista. Do ponto de vista da análise jurídica de suas obras ver a imensa coletânea organizada por Sandro Schipani, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino americano*. Roma, Università di Roma, CEDAM-PADOVA, 1988; e Paulo Mercadante, *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1980, pp. 177-194.